



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO

PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS
OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

LEILIANE FREITAS ALMEIDA WENZEL

FORTALEZA
2007

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO**

**PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS
OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS**

LEILIANE FREITAS ALMEIDA WENZEL

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Orientador: Raimundo Bezerra Falcão



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios
ilícitos

LEILIANE FREITAS ALMEIDA WENZEL

Dissertação aprovada em:

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. LD Raimundo Bezerra Falcão (Orientador)
UFC

Prof^a. Dr.^a Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça (Examinadora)
UFC

Prof. Dr. Francisco Régis Frota Araújo (Examinador)
UFC

A Deus, pelas bênçãos que tem derramado em minha vida.

Ao meu marido, Andersson, que está sempre ao meu lado, incentivando-me para a conquista dos meus objetivos.

Aos meus pais, Napoleão e Leopoldina.

A minha irmã, Hirlana.

RESUMO

A presente dissertação tem por objeto a discussão do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo, que assumiu nova dimensão no sistema brasileiro com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estando inserido no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais. A pesquisa foi eminentemente bibliográfica e jurisprudencial. O trabalho analisa o direito à prova e a sua proteção jurídico-constitucional. Aborda os direitos e garantias previstos na Carta Magna de 1988, aplicáveis à prova. O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo é analisado sob o prisma constitucional. Aduz que as provas obtidas por meios ilícitos ferem normas de direito material, precipuamente existentes na Carta Magna de 1988 e em leis infraconstitucionais. Explica a teoria dos frutos da árvore envenenada, inclusive apresentando alguns acórdãos do Supremo Tribunal Federal. Aborda questionamentos referentes aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade envolvendo a prova obtida ilicitamente, indagando se referida prova poderá ser utilizada em favor do réu ou em prol da sociedade. Trata da teoria do encontro fortuito ou casual de provas. Traz reflexões em relação à Lei nº 9.296/96 e ao princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Palavras-chave: Princípio. Inadmissibilidade. Provas ilícitas. Direitos e garantias individuais. Processo. Proporcionalidade. Razoabilidade.

ABSTRACT

The present dissertation has as a main goal to discuss the principle of inadmissibility of proofs which are obtained through illicit means in the process which has assumed a new dimension in the Brazilian system with the Constitution of the Federal Republic of Brazil from 1988, being it inserted in the Title of the Rights and Fundamental Guarantees. The research was eminently bibliographic and jurisprudential. The work analyzes the right to proof and its Legal Constitutional protection. It Approaches the rights and applicable Guarantees foreseen in the constitution of 1988, applicable to the proof. The principle of inadmissibility of the proofs obtained in the process through illicit means is analyzed under a constitutional prism. It adduces that the proofs which are obtained through illicit means break the rule of the material right essentially existing in the constitution of 1988 as well as in infra-constitutional laws. It explains the theory of the Fruit of the Poisoned Tree, even presenting some collective judgment of the Federal Supreme Court. It also approaches questioning related to the principle of proportionality and reasonability involving the proof obtained illicitly, questioning weather the mentioned proof can be used in favor of the defendant or in behalf of the society. It deals with the theory of the Fortuitous or casual discovery of proofs. It also brings reflections concerning the Law nº 9.296/96 and to the principle of the inadmissibility of proofs obtained through illicit means.

Key-words: Principle. Inadmissibility. Illicit Proofs. Individual rights and guarantees. Process. Proportionality. Reasonability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O DIREITO À PROVA E À PROTEÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL	11
2.1 Conceito de prova	11
2.2 O direito à prova e sua proteção	16
2.3 Classificação das provas	18
2.4 Objeto da prova	23
2.5 Ônus da prova	25
2.5.1 Ônus da prova no processo civil	25
2.5.2 Ônus da prova no processo penal	27
2.6 Fases da produção da prova	29
2.7 A produção de prova no processo	31
2.8 Valoração da prova	34
3 DIREITOS E GARANTIAS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 APLICÁVEIS À PROVA	36
3.1 Devido processo legal	39
3.2 Ampla defesa e contraditório	41
3.3 Princípio da presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade	42
3.4 Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos	43
3.5 Motivação das decisões judiciais	46
4 O PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS	47
4.1 Conceito de prova obtida por meios ilícitos	52
4.2 Espécies de provas consideradas proibidas	54

4.3 A evolução da inadmissibilidade das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Século XX	56
4.4 As provas ilícitas por derivação	58
4.5 Distinção entre inadmissibilidade e nulidade	63
5 OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE E AS PROVAS OBTIDAS ILICITAMENTE	65
5.1 Princípio da proporcionalidade	67
5.2 Princípio da razoabilidade	71
5.3 Distinção entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade	73
5.4 O princípio da proporcionalidade e as provas obtidas por meios ilícitos	75
5.4.1 Princípio da proporcionalidade e a prova ilícita pro reo	76
5.4.2 O princípio da proporcionalidade e as provas obtidas por meios ilícitos em prol da sociedade	78
5.5 O princípio da razoabilidade e as provas obtidas por meios ilícitos	81
5.6 Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo – <i>exclusionary rule</i>	82
6 TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO OU CASUAL DE PROVAS	87
6.1 Teoria do encontro fortuito e a validade da prova.....	88
7 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, GRAVAÇÕES CLANDESTINAS, INTERCEPTAÇÕES AMBIENTAIS E O PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS	90
7.1 Espécies de interceptações	93
7.2 Reflexões em relação à Lei nº 9.296/96	95
8 CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS	100

1 INTRODUÇÃO

O tema “o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos” assumiu nova dimensão no sistema brasileiro com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 explicitamente enfatiza direitos e garantias do indivíduo em matérias relacionadas à prova no âmbito do processo.

O Artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna de 1988, expõe expressamente a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, entretanto, vários questionamentos ficam em aberto, tais como: a possibilidade da utilização ou não no processo das provas colhidas com infringência das normas ou princípios de direito material, visando a resguardar outros valores constitucionais, como a vida, a liberdade, a privacidade, a honra; a aceitabilidade ou não do princípio da proporcionalidade e a aceitação ou exclusão das denominadas “provas ilícitas por derivação”.

Interessante questionamento que merece atenção neste trabalho é em relação à utilização ou não, na investigação criminal ou no processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos, além das nuances referentes à utilização ou não das provas obtidas ilicitamente no processo civil.

Os questionamentos contribuem para o desenvolvimento dialético da matéria, pois direcionam ao aprofundamento de uma conclusão que traga maior segurança na solução dos problemas existentes provenientes das provas obtidas por meios ilícitos.

O objeto deste trabalho é analisar o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, englobando aspectos atuais existentes na ordem jurídica

pátria, pois os cidadãos têm o direito a um ordenamento jurídico que proteja e defenda o maior número de interesses possíveis.

Procura-se, ao discutir o assunto, demonstrar a relevância processual da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

Nesta análise, cumpre enfatizar o artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que inseriu novo direcionamento as interceptações telefônicas, permitindo-lhes por ordem judicial, nas hipóteses e forma que a lei prescrever, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Apresenta reflexões referentes à Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regula a parte final do inciso XII, art. 5º, da Carta Constitucional de 1988.

A pesquisa compreendida foi doutrinária e jurisprudencial, inclusive servindo-se de julgados que versaram sobre a matéria relacionada ao tema.

No segundo capítulo, é feita uma abordagem sobre o direito à prova e sua proteção jurídico-constitucional, enfocando a previsão constitucional, a proteção da prova, o conceito de prova, a classificação desta, o ônus da prova, a produção da prova no processo, inclusive enfatizando alguns entendimentos doutrinários.

No terceiro capítulo, são explanados os direitos e garantias previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que são aplicáveis à prova, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, a presunção da inocência, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e a motivação das decisões judiciais.

O quarto capítulo apresenta a essência do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, enfocando o conceito de provas obtidas por meios ilícitos, o sistema legalista e o sistema constitucionalista em relação às provas colhidas ilicitamente, distinções entre as provas obtidas por meios ilícitos e provas ilegítimas, além da análise das provas ilícitas por derivação.

O quinto capítulo destaca a aplicação do princípio da proporcionalidade e do princípio da razoabilidade no tocante às provas obtidas por meios ilícitos, sendo

apresentadas noções referentes ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da razoabilidade, distinções entre tais princípios, que são enfatizadas por alguns doutrinadores. Este capítulo analisa o princípio da proporcionalidade e a prova obtida por meios ilícitos *pro reo*, a prova obtida por meios ilícitos *pro societate*, além do tópico referente à prova obtida por meios ilícitos e sua exclusão dos autos do processo (*exclusionary rule*).

O sexto capítulo trata da teoria do encontro fortuito de provas à luz da prova obtida ilicitamente.

O sétimo capítulo aborda as interceptações telefônicas e gravações clandestinas, enfatizando as espécies de interceptações telefônicas e reflexões em relação à Lei nº 9.296/96, dentro do enfoque das provas obtidas por meios ilícitos.

Finalmente, o que se pretende com o presente trabalho é expor o tema com clareza e simplicidade, dando um enfoque do que existe de atual no ordenamento jurídico, haja vista as constantes transformações existentes na sociedade.

2 O DIREITO À PROVA E À PROTEÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

O direito à prova está intrinsecamente relacionado com a proteção jurídico-constitucional, desde o momento em que ocorre a coleta da prova até posterior aplicação no processo, visando ao convencimento do julgador na solução das controvérsias, em que busca atender aos princípios e normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro para que haja segurança jurídica e cumprimento dos direitos e garantias individuais e coletivos.

Na busca da solução da controvérsia são colhidas provas para que o julgador possa se convencer de qual direito se aplica ao caso. Para tanto, essas provas precisam ser obtidas por meios lícitos, haja vista que serão entranhadas no processo, portanto, é tão importante o direito à prova quanto a sua proteção jurídico-constitucional.

O direito à prova apresenta vinculação com os direitos de ação e de defesa, devido à necessidade das partes demonstrarem em juízo suas postulações para o desembaraço da causa.

A prova é de importância ímpar para a solução da causa, sendo prevista e assegurada no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no âmbito constitucional quanto no âmbito infraconstitucional.

2.1 Conceito de prova

A palavra prova originou-se do latim *proba*, de *probare*, trazendo a idéia de verificação, experimentação, demonstração de existência ou da veracidade de algo, segundo De Plácido e Silva¹.

¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.656.

Interessante esclarecer que a prova não é assunto exclusivamente tratado pelo direito processual, pois seu conceito, sua função e suas particularidades não são encontrados apenas no campo do direito, sendo utilizada nas mais variadas ciências, não obstante inserida no direito processual com ângulo e regime peculiar. Assim, a palavra prova pode assumir várias conotações não apenas no direito processual, mas em outras ciências².

Na linguagem jurídica o vocábulo prova é utilizado como sinônimo de demonstração dos fatos alegados no processo³.

Importante trazer o conceito de prova na visão de renomados estudiosos do direito processual, pois assim pode-se observar o raciocínio dos doutrinadores em relação ao conceito de prova.

Segundo José de Albuquerque Rocha, a definição de prova, em sentido amplo, consiste "na verificação da verdade das afirmações das partes formuladas no processo, feita através dos meios de prova existentes nos autos, a fim de formar a convicção do julgador⁴".

Esclarece José de Albuquerque Rocha que o vocábulo "prova" é empregado em variados sentidos. O vocábulo "prova" pode ser usado para designar os meios de prova, como aqueles elementos de juízo produzidos pelas partes ou recolhidos pelo juiz, objetivando estabelecer no processo a existência de determinados fatos. Ainda, compreende o termo "prova" como a ação de provar. Menciona, ainda, a prova como sendo "o fenômeno psicológico, o estado de espírito produzido no juiz por aqueles elementos de juízo, ou seja, a convicção, a certeza acerca da existência de certos fatos sobre os quais recairá seu pronunciamento⁵".

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco afirmam que "a prova constitui o instrumento por meio do qual se forma a

2 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 265.

3 SILVA, De Plácido e, op. cit., 2001. p. 656.

4 ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 257.

5 Ibid., 1996. p. 257.

convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo⁶".

As declarações dos fatos mencionadas pela parte autora podem corresponder ou não com a verdade. E essas declarações podem se contrapor às declarações ditas pelo réu, que podem ser ou não expressão da verdade. As incertezas em relação à veracidade dos fatos referidos por ambas as partes no processo, tendo em vista determinada pretensão deduzida em juízo, constituem as discussões que devem ser resolvidas pelo juiz, analisando a prova dos fatos passados relevantes⁷.

Liebman, citado por Marinoni e Arenhart, define prova como sendo "os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico⁸".

A definição de prova está relacionada à idéia de reconstituição de um fato, pesquisar se o fato que foi demonstrado conduzirá o magistrado à obtenção da "certeza" dos eventos ocorridos e permitirá que exerça a função jurisdicional.

Salientam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que, no âmbito do direito processual, prova "é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-Juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo⁹".

Alexandre Freitas Câmara denomina prova como "todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato". Acrescenta que, em sentido técnico-jurídico, existe uma diferença entre convicção e certeza. A certeza é objetiva, compreendida como uma qualidade do fato, e a convicção é subjetiva e se forma na mente do juiz.¹⁰

⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 371.

⁷ Ibid., 2007. p. 371.

⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile – Principi*. 5 ed. Milano: Giuffrè, 1992, p.318. Apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., 2006. p. 265.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., 2006. p. 266 - 267.

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. I. p.389.

Fernando Capez conceitua prova como:

O conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (Código de Processo Penal, Arts. 156, 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros, destinados a conduzir o magistrado a convicção da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação¹¹.

Paulo Rangel leciona prova como "o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autos, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa."¹²

Tourinho Filho esclarece que:

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Entende-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz, visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*. Às vezes, emprega-se a palavra prova com o sentido de ação de provar. Na verdade, provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós¹³.

Afrânio Silva Jardim compreende como prova "o resultado da demonstração, submetida ao crivo do contraditório processual, da real ocorrência dos fatos relevantes para o julgamento da pretensão do autor."¹⁴

Eduardo Cambi explica que:

Juridicamente, o vocábulo 'prova' é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do Juiz)¹⁵.

Paulo de Sousa Mendes expõe que as definições da prova no processo penal compreendem:

¹¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 282.

¹² RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 413.

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3. p. 215.

¹⁴ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 202.

¹⁵ CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Direito constitucional à prova no processo civil**. Coleção: Temas atuais de direito processual civil. Volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 41.

a) no sentido de atividade probatória, é o esforço metódico por meio do qual são demonstrados os fatos relevantes para a existência do crime, a punibilidade do argüido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis;

b) no sentido de resultado da atividade probatória, é a motivação da convicção da entidade decidente em relação à ocorrência de fatos relevantes, contanto que essa motivação esteja em conformidade com os elementos adquiridos representativamente no processo e respeite as regras da experiência, as leis científicas e os princípios da lógica;

c) no aspecto quase prosaico, as provas na seara material são os objetos relacionados com a preparação e a prática do fato qualificado como crime¹⁶.

Observa-se a importância da prova e a aplicação de seu conceito com a seguinte exemplificação: o Ministério Público denuncia a pessoa "X" pela subtração do veículo modelo novo, cor branca, placas AAA0000, ano 2007, para si, mediante violência contra a pessoa "Y", apontando um revólver calibre 38, municiado, em direção à cabeça da vítima, proprietário do referido veículo, como incurso no crime de roubo, previsto no artigo 157 do Código Penal Brasileiro. E acrescentando a causa de aumento de pena prevista no § 2º do artigo 157 do Código Penal Brasileiro, pois a pessoa "X" apontou uma arma de fogo contra pessoa "Y". Então, cumpre aquele que faz a afirmação em juízo buscar inserir nos autos do processo os meios necessários, elementos que visem a demonstrar que ocorreu o fato criminoso, provar que o fato realmente aconteceu¹⁷.

¹⁶PALMA, Maria Fernanda; MENDES, Paulo de Sousa. **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais. As proibições de prova no processo penal.** Coimbra: Almedina, 2004. p.134.

¹⁷ Art. 157 do Código Penal Brasileiro. "Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena – reclusão, de 4(quatro) a 10(dez) anos, e multa. §1º Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou a detenção da coisa para si ou para terceiro. §2º A pena aumenta-se de 1/3(um terço) até ½(metade): I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II – se há concurso de duas ou mais pessoas; III- se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância; IV – se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; V- se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. §3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de 7(sete) a 15(quinze) anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de 20(vinte) a 30(trinta) anos, sem prejuízo da multa."

2.2 O direito à prova e sua proteção

O direito à prova é assegurado constitucionalmente, estando inserido nas garantias da ação, da defesa e do contraditório, entretanto, não é absoluto, pois encontra limitações no ordenamento jurídico pátrio.

Segundo Eduardo Cambi, o direito à prova "é um direito fundamental, deve ser reconhecido como prioritário para o sistema processual, não podendo ser indevidamente limitado, a ponto de seu exercício ser meramente residual¹⁸".

Importante esclarecer que Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco enfocam que, com relação à discriminação de provas, a experiência aponta que não é aconselhável a total liberdade na admissibilidade dos meios de prova, ora porque não se alicerçou em bases científicas suficientemente sólidas para justificar a sua aceitação em juízo, como exemplo, o chamado soro da verdade; ora porque daria a oportunidade a manipulações ou fraudes, como no caso da prova exclusivamente testemunhal para verificar a existência de contrato de certo valor para cima; ora porque atingiria a dignidade de quem lhes ficasse sujeito, gerando constrangimento pessoal inadmissível, como é o caso da tortura, do detector de mentiras, da narcoanálise, dos estupefacientes etc¹⁹.

Assim, é desaconselhável a ampla liberdade na produção das provas:

- a) porque podem não se firmarem em bases científicas seguras;
- b) porque podem advir manipulações ou fraudes;
- c) porque feriria a dignidade de quem lhes ficasse sujeito, ensejando constrangimento pessoal inaceitável, por exemplo, a tortura.

Numa seara processual, e essencialmente na previsão da existência do binômio segurança social-liberdade individual, verifica-se o confronto das correlatas exigências de tutela da coletividade e da pessoa humana que se manifesta quando

¹⁸ CAMBI, Eduardo. **Prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 38.

¹⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., 2007. p. 371.

surge a problemática das provas obtidas com infringência às normas ou princípios de direito material, especialmente daqueles que garantem a inviolabilidade da intimidade do indivíduo²⁰.

A liberdade de produção das provas não é infinita, haja vista a necessidade de observar a inadmissibilidade das provas colhidas por meios ilícitos.

Em relação à matéria, dispõe o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que:

Art. 5º - 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, nos seguintes termos:

[...]

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

A Carta Magna de 1988 assegura o direito à prova, desde que esta seja obtida por meios lícitos, visando a promover a ordem jurídica.

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo vem prevista expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, precisamente em seu Capítulo I, artigo 5º, inciso LVI, que dispõe sobre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

O Constituinte Originário considerou importante inserir no texto constitucional a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, visando a proteger o direito à prova e assim garantir maior segurança aos cidadãos que procuram no processo a solução das controvérsias.

As provas obtidas por meios ilícitos não encontram amparo constitucional, pois ferem os direitos e garantias fundamentais.

O direito à prova apresenta restrições em decorrência da imprescindível tarefa que o ordenamento jurídico tem de tutelar outros valores e interesses igualmente dignos de proteção.

²⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. rev. ampl. e atual. em face das Leis 9.296/96 e 10.217/2001 e da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 22.

O direito à prova não é absoluto, pois comporta limitações jurídicas que acontecem no âmbito do juízo de admissibilidade, cujo objetivo é a proteção de outros valores fundamentais, e limitações lógicas, mediante os juízos de relevância e de pertinência, que visam a oferecer economia e celeridade processuais, impedindo o desperdício de tempo e a confusão no raciocínio do juiz²¹.

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

É interessante frisar que o momento da coleta da prova é de suma relevância para a valoração da prova como lícita ou ilícita.

Segundo Antônio Scarance Fernandes, o direito à prova reveste as partes de vários direitos:

a) direito de requer a produção da prova; b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova; c) direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção; d) direito a participar da produção da prova; e) direito a que a produção da prova seja feita em contraditório; f) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz; g) direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito; h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador²².

Portanto, o direito à prova está inserido no ordenamento jurídico brasileiro visando à busca da efetividade da tutela jurisdicional, implicando na necessidade de o juiz reconhecer a possibilidade de admissão de todos os meios probatórios permitidos ou não proibidos pelo sistema processual e que sejam considerados imprescindíveis para a verificação dos fatos arrolados como fundamento das variadas pretensões e exceções das partes.

2.3 Classificação das provas

Variadas classificações de prova têm sido mencionadas pela doutrina, inclusive pela lei.

²¹ CAMBI, Eduardo, op. cit., 2006. p.38.

²² FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 79.

Tradicionalmente, os principais critérios em relação à classificação da prova são: objetivo, subjetivo e formal²³.

Em relação ao critério objetivo, a prova pode ser direta ou indireta. A prova direta é aquela que diz respeito ao fato a ser provado, seja pessoa ou coisa, ou seja, quando demonstra o fato sem rodeios, inexistindo necessidade de outro fato intermediário²⁴.

Por exemplo, considera-se a prova direta do crime de falsificação de documento público, previsto no artigo 297 do Código Penal Brasileiro²⁵, a apresentação do documento falsificado.

A prova indireta é quando, comprovado outro fato, poder-se-á obter alguma dedução para demonstrar o que se pretende²⁶. É aquela que não se dirige ao próprio fato probando, entretanto por uma construção lógica se chega ao fato ou à circunstância que se deseja provar²⁷.

Em outras palavras, a prova indireta permite que, comprovado outro fato, conclua-se o alegado observando sua ligação com o primeiro, como, por exemplo, na hipótese de um álibi, em que o acusado comprova que, no momento do fato

²³ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal**: teoria e interpretação dos tribunais superiores. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 4.

²⁴ CAPEZ, Fernando, op. cit., 2002. p. 306.

²⁵ Art. 297 do Código Penal Brasileiro. "Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena – reclusão, de 2(dois) a 6(seis) anos, e multa.

§ 1º Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

§2º Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.

§3º Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir:

I – na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinado a fazer prova perante a previdência social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório;

II – na Carteira do Trabalho e Previdência Social do empregado ou documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita;

III – em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado.

§ 4º Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no §3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços".

²⁶ CAPEZ, Fernando, op. cit., 2002. p. 306.

²⁷ RANGEL, Paulo, op. cit., 2005. p. 416.

criminoso, estava em lugar diverso do crime, permitindo concluir que ele não praticou o crime²⁸.

Quanto ao critério subjetivo, as provas podem ser reais ou pessoais.

As provas são consideradas reais quando consistem em uma coisa ou bem exterior que está relacionada a um fato ou situação²⁹. É aquela oriunda dos vestígios deixados pela infração penal³⁰. Por exemplo, uma arma, as impressões digitais, o cadáver, as pegadas.

As provas pessoais são aquelas que manifestam o conhecimento subjetivo e pessoal conferido a alguém: o interrogatório, os depoimentos etc.

Em relação à forma, as provas podem ser documentais, testemunhais e materiais³¹.

A prova documental refere-se a documento. E documento compreende uma afirmação, feita de maneira consciente e escrita, objetivando reproduzir a verdade do que se afirma. Por exemplo, um registro de um imóvel pode ser a prova que o imóvel pertence à pessoa determinada.

O artigo 232 do Código de Processo Penal dispõe:

Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.
Parágrafo único. A fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.

Já o artigo 233 do Código de Processo Penal esclarece que não serão admitidas em juízo as cartas particulares interceptadas ou obtidas por meios criminosos, podendo elas ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para defesa do seu direito.

Diz o artigo 233 do referido diploma legal que:

Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

²⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000. p. 258.

²⁹ PRADO, Leandro Cadenas, op. cit., 2006. p. 4.

³⁰ RANGEL, Paulo, op. cit., 2005. p. 417.

³¹ CAPEZ, Fernando, op. cit., 2002. p. 307.

Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.

Pode-se observar, após a leitura do artigo acima, que é explícita a inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente ser apreciada em juízo, exceto quando for para defender o direito do destinatário da carta, mesmo sem o consentimento do signatário.

Explica Mirabete que:

Não pode o juiz admitir a juntada de cartas particulares, interceptas ou obtidas por meios criminosos, conforme o artigo 233. Saliente-se, alias, que, de acordo com o novo texto constitucional nenhum documento ou qualquer outro meio de prova obtido por meio ilícito pode ser admitido em juízo (art. 5º, LVI, da CF). Dispõe, porém, o parágrafo único do citado artigo do Código que poderão ser exibidas em juízo pelo destinatário, para sua defesa, as cartas que lhe forem endereçadas mesmo sem o consentimento do signatário. Essa disposição não colide com o texto constitucional que garante a inviolabilidade de correspondência (art.5º, XII), eis que, na hipótese, ao remeter a correspondência ao destinatário, o subscritor entregou-lhe o documento e, mesmo que seu conteúdo seja sigiloso, há justa causa para a divulgação do segredo³².

Importante mencionar que, na ocasião da admissão da prova documental, incumbe ao juiz examinar a natureza e a finalidade a que se destina o documento.

Existem provas documentais que são inadmissíveis em juízo, pois não são consideradas lícitas.

O magistrado, ao verificar que a prova documental é ilícita, pode determinar que esta seja desentranhada dos autos.

A prova testemunhal consiste em informações declaradas por determinada pessoa a respeito dos fatos que interessam ao litígio. Compreende a prova testemunhal numa reprodução oral do que esta na memória daquela pessoa que, não sendo parte na lide, presenciou ou teve notícia do fato.

A testemunha é a pessoa que, perante o juiz, declara o que sabe em relação aos fatos que se litigam no processo.

³² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 282.

Cumpra ressaltar que o artigo 405 do Código de Processo Civil dispõe que todas as pessoas podem depor como testemunhas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. Referido artigo ainda estabelece que, se for estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas, mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso e o juiz lhes atribuirá o valor que possa merecer.³³

É de bom alvitre mencionar que o artigo 202 do Código de Processo Penal³⁴ dispõe que toda pessoa poderá exercer o papel de testemunha. Em regra, poderá ser testemunha qualquer pessoa que tenha conhecimento de fatos que interessam a causa.

Dispõe o artigo 203 do Código de Processo Penal que:

Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

³³ Art. 405 Código de Processo Civil. "Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ São incapazes:

I – o interdito por demência;

II – o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III – o menor de 16(dezesseis) anos;

IV – o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

§2º São impedidos:

I – o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

II – o que é parte na causa;

III – o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º São suspeitos:

I – o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença;

II- o que, por seus costumes, não for digno de fé;

III – o inimigo capital da parte, ou seu inimigo íntimo;

IV – o que tiver interesse no litígio.

§ 4º Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer."

³⁴ Art. 202 do Código de Processo Penal. Toda pessoa poderá ser testemunha.

A prova material refere-se ao objeto, coisa que se deseja comprovar. Consiste no corpo de delito, exames, vistorias, instrumentos do crime³⁵.

2.4 Objeto da prova

O objeto da prova, ou *thema probandum*, é a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que precisa ser evidenciado no processo. Então, um fato, coisa, circunstância ou alegação que esteja relacionado ao litígio e que apresente dúvida, necessita ser evidenciado perante o juiz para que contribua para o esclarecimento da causa. Em síntese, constituem objeto da prova os fatos que ocasionem dúvidas, que exijam comprovação.

O objeto que apresenta dúvida e que seja importante para o julgamento da lide merece ser analisado detalhadamente no campo probatório, pois a decisão do juiz apresentará um maior grau de acerto.

Segundo Florian, citado por José Frederico Marques, o objeto da prova é "aquilo que o juiz deve adquirir o necessário conhecimento para decidir sobre a questão submetida a seu julgamento"³⁶.

Compreende-se como objeto de prova no processo todos os fatos, sejam eles principais ou secundários, que demandam uma apreciação judicial e exijam comprovação.

Considera-se objeto da prova os fatos que podem influenciar na decisão do juiz diante do processo, na responsabilidade civil, na responsabilidade penal, na fixação da pena ou medida de segurança, por isso precisam da adequada comprovação em juízo.

A prova pode incidir sobre objetos diversos, como um cadáver, arma, instrumentos, substâncias danosas, insanidade mental, veículo, computador, eletrodoméstico etc.

³⁵ PRADO, Leandro Cadenas, op. cit., 2006. p. 4.

³⁶ FLORIAN, Eugenio. Elementos de derecho procesal penal. Barcelona: Bosch, 1934, p. 308-309. Apud MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. p. 331.

Cumpra esclarecer que podem ser objeto de prova o direito estrangeiro e o direito consuetudinário, além do direito singular advindo de autarquias no uso de seu poder regulamentar, e ainda de portarias, instruções, ordens internas e disposições disciplinares de repartições públicas, secretarias de Estado e ministérios³⁷.

Ensina Fernando Capez que existem fatos que independem de prova, pois não necessitam ser provados:

a) Fatos axiomáticos ou intuitivos: compreendem aqueles que são evidentes. A evidência é considerada como um grau de certeza que se tem dos conhecimentos em relação a algo. Por exemplo, no caso de um ciclista que é atropelado por um veículo e seu corpo é fragmentado em várias partes. Dispensa-se o exame cadavérico interno, haja vista que a causa da morte é evidente. Então, o exame cadavérico realizado pelos médicos legistas será externo, não necessitando a abertura das partes do corpo para que seja detectado o motivo do falecimento do ciclista.

b) Fatos notórios: incide o princípio *notorium non eget probatione*, que compreende como notório o que não precisa de prova. Considera-se fato notório aquele em que o conhecimento está imbutido na cultura de uma sociedade. Exemplificando, no Brasil, o dia 15 de novembro marca a Proclamação da República.

c) Presunções legais: compreendem as conclusões decorrentes da própria lei ou o conhecimento que advém da ordem natural das coisas. Por exemplo, a legislação brasileira penal presume a inimputabilidade do menor de 18 anos. Portanto, presume a lei que um adolescente de 17 anos de idade não tem a plena capacidade de compreender o caráter criminoso do fato.

d) Fatos inúteis: incide o princípio *frustra probatur quod probantum non relevat*, considerando os fatos, verdadeiros ou não, que não influenciam na solução da lide, na análise da verdade real. Exemplificando, a testemunha presenciou um crime de roubo, inclusive informou que o fato aconteceu próximo ao horário de encerramento do expediente de uma fábrica e ainda salienta que a alimentação foi servida aos

³⁷ Ibid., 2000. p. 331.

funcionários da fábrica naquele dia. A informação referente à alimentação não irá influenciar na solução da lide³⁸.

2.5 Ônus da prova

A palavra ônus vem do latim, *onus*, que significa carga, fardo, peso, gravame.

O *onus probandi*, regra concernente ao encargo de provar, é consequência do princípio *actori incumbit probatio* ou *onus probandi incumbit ei qui asserit*, isto é, a incumbência da prova cabe ao autor que suscitou a tese.

Compreende o ônus da prova na necessidade de provar algo, visando a possibilitar um resultado favorável.

O ônus da prova pode ser observado de duas maneiras: a) o ônus da prova em seu aspecto subjetivo, que compreende quais são os fatos que precisam ser provados pelas partes; consiste na atividade que tem as partes de buscar provas e introduzi-las no processo; direciona a atividade probatória das partes; b) o ônus da prova em seu aspecto objetivo refere-se à questão de aplicação da regra jurídica; serve como uma regra de julgamento. Uma regra jurídica poderá ser aplicada quando ocorrer um fato em concreto que merece sua aplicação pelo juiz, entretanto a regra jurídica não poderá ser aplicada quando o juiz não estiver convencido da existência dos fatos que dão ensejo à sua aplicação.

2.5.1 Ônus da prova no processo civil

No direito processual civil, o critério de distribuição da prova, previsto no artigo 333 do Código de Processo Civil, considera a posição das partes no processo e a natureza dos fatos que baseiam as suas pretensões e exceções, atribuindo ao autor a prova dos fatos constitutivos, e, ao réu, a prova dos fatos impeditivos, extintivos e modificativos.

O artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro estabelece que:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:
I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito do autor.

³⁸ CAPEZ, Fernando, op. cit., 2002. p. 283.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:
I - recair sobre direito indisponível da parte;
II- tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Pode-se observar, no âmbito do processo civil, que o ônus da prova, em sentido subjetivo, é distribuído em razão dos fatos que a norma jurídica, a ser aplicada no caso concreto, contempla como pressupostos para que obtenha os seus efeitos jurídicos, não sendo distribuído em consequência das afirmações ou das negações aleatórias das partes. Em outras palavras, para que a parte consiga o efeito jurídico almejado, não lhe basta provar os fatos alegados. É necessário que esses fatos estejam em conformidade com a norma jurídica que estabelece aqueles efeitos³⁹.

O fato constitutivo aduz-se como aquele que deu origem à relação jurídica deduzida em juízo⁴⁰. Por exemplo: numa demanda em que se pretenda a condenação do réu ao pagamento de dívida proveniente de contrato de locação de imóvel, referido contrato é o fato constitutivo do direito do autor, e a este atribui o ônus de prová-lo.

Fato extintivo é aquele que põe fim à relação jurídica inferida no processo. Exemplificando, numa demanda em que se pretenda a condenação do réu ao pagamento de dívida, decorrente de contrato de locação de imóvel, como mencionado no parágrafo anterior, incumbe ao réu provar que já efetuou o pagamento.

Fato impeditivo compreende um fato de conteúdo negativo, a ausência de algum dos requisitos genéricos de validade do ato jurídico, como: agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei⁴¹. Exemplificando: incumbe ao réu demonstrar ao juiz que o agente era menor de 18 (dezoito) anos, conseqüentemente, considerado relativamente incapaz.

³⁹ CAMBI, Eduardo. **Prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 323.

⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., 2003. p. 395.

⁴¹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., 2003. p. 395.

Entende-se por fato modificativo aquele que altera a relação jurídica *in iudicium deducta*. Por exemplo: o pagamento parcial⁴².

No âmbito do processo civil, o ônus da prova, em sentido objetivo, permite a distribuição do risco inerente à ausência ou à insuficiência da prova, servindo como critério que possibilita apontar qual dos litigantes suportará as conseqüências desfavoráveis advindas da não-reconstrução satisfatória dos fatos referentes ao *thema probandi*⁴³.

Cumpra salientar que, segundo o entendimento da moderna doutrina, o chamado ônus objetivo da prova expõe que as regras relacionadas à distribuição do ônus da prova são “regras de julgamento” a serem aplicadas no momento em que o órgão julgador proferirá seu juízo de valor em relação à pretensão do autor⁴⁴.

Interessante mencionar que o Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90, em seu artigo 6º, inciso VIII, dispõe que:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII- a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

O Código de Defesa do Consumidor veio possibilitar ao juiz a inversão do ônus da prova, em favor do consumidor, quando observar que for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente, em razão das regras de experiência.

2.5.2 Ônus da prova no processo penal

No aspecto subjetivo, o ônus da prova é a faculdade ou o encargo que a parte tem de demonstrar a ocorrência de um fato que alegou no processo, sendo considerado imprescindível para o julgamento da pretensão almejada pelo autor da ação penal.

O art. 156 do Código de Processo Penal dispõe que: Art. 156. “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o Juiz poderá, no curso da instrução, ou

⁴² CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., 2003. p.395.

⁴³ CAMBI, Eduardo, op. cit., 2006. p.328.

⁴⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., 2003. p.396.

antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

No processo penal, incumbe à parte acusadora provar a existência e a autoria do fato. Além de demonstrar o dolo ou a culpa do agente.

Cabe à acusação, em regra, o encargo de demonstrar, por meio das provas, a concreção da tipicidade do fato e a atribuição de sua autoria, além da existência de qualificadora e agravante.

Oferecida a denúncia ou a queixa, cabe ao acusador provar a ocorrência do fato e a autoria deste, além de demonstrar as circunstâncias de aumento de pena, como qualificadoras, agravantes. Em regra, ao acusado incumbe a prova das causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, além das circunstâncias que ocasionem diminuição de pena, como atenuantes, causas privilegiadoras, ou, então, a obtenção de benefícios penais.

Exemplificando, o Ministério Público denuncia a pessoa "X" por haver praticado crime de roubo em face da pessoa "Y". Cabe ao *Parquet* que ingressou com a acusação a incumbência de inserir aos autos as provas necessárias para convencer o juiz de que a pessoa "X" cometeu o crime previsto no artigo 157 do Código Penal brasileiro.

No caso acima, se a pessoa "X", acusada da prática de crime de roubo, alegar em sua defesa qualquer causa que vise a excluir a conduta criminosa, inverte-se o *onus probandi*, pois cumprirá à defesa provar a tese mencionada. Entretanto, o juiz poderá, no curso da instrução, antes de proferir sentença relativa à conduta acima, determinar a diligência da reconstituição do fato, visando a sanar dúvida em relação a ponto relevante.

Vale lembrar que, no processo penal, a atividade do juiz é de natureza supletiva, e não de natureza puramente substitutiva, aos atos de atribuição das partes, acusação e defesa.

No aspecto objetivo, o ônus da prova no processo penal consiste na identificação da chamada regra de julgamento, em que o juiz aplicará a regra jurídica

que se enquadre ao caso concreto. E caso inexista regra jurídica, o juiz observará o princípio do *in dubio pro réu*, desdobramento do princípio da não culpabilidade.

Dispõe o artigo 386 do Código de Processo Penal que:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I- estar provada a inexistência do fato;

II- não haver prova da existência do fato;

III- não constituir o fato infração penal;

IV- não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

V- existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena;

VI- não existir prova suficiente para a condenação.

Parágrafo único: na sentença absolutória, o juiz:

I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;

II- ordenará a cessação das penas acessórias provisoriamente aplicadas;

III- aplicará medida de segurança se cabível.

Como se observa, o artigo 386 do Código de Processo Penal expõe situações explicitamente relacionadas com a prova em que ocorrerá a absolvição do réu.

2.6 Fases da produção da prova

As atividades processuais referentes à prova desenvolvem-se em quatro momentos: a) proposição ou indicação; b) admissão; c) produção; d) valoração⁴⁵.

Alguns doutrinadores desdobram a produção das provas nas seguintes etapas⁴⁶:

a) proposição; b) admissão probatória; c) valoração.

A fase da proposição ou indicação da prova significa a apresentação pela parte de uma prova; apontar provas para o processo, quando constituída fora dele; elaboração da prova dentro do processo. Nessa etapa as provas são propostas, indicadas ou requeridas.

A fase da admissão probatória refere-se à recepção da prova, momento em que o juiz se manifesta em relação à idoneidade da prova.

A terceira fase trata da valoração, referindo-se ao momento em que as provas são apreciadas pelo juiz.

⁴⁵ TOURINHO FILHO, op. cit., 2003. p.239.

⁴⁶ FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., 2007. p.78-79.

Importante ressaltar que o juízo de admissibilidade está relacionado com critérios jurídicos de escolha dos elementos probatórios que podem ser utilizados no processo, inclusive ocasionando a possibilidade de restrição de certos meios de prova. Pode-se mencionar que a prova inadmissível é aquela que não pode ingressar em juízo.

Portanto, a admissão da prova refere-se à idoneidade ou à inidoneidade dos meios aptos à produção da prova dos fatos⁴⁷.

Cumpra esclarecer que a fase da produção mencionada por alguns doutrinadores, como Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, refere-se ao momento em que as provas são introduzidas no processo⁴⁸.

Vale lembrar que, no processo penal, em relação ao momento para a propositura da prova, embora não haja um rigor exacerbado, as testemunhas indicadas pela acusação devem ser mencionadas quando do oferecimento da denúncia, conforme o artigo 41, combinado com o artigo 397, ambos do Código Penal brasileiro.

O Artigo 41 do Código de Processo Penal brasileiro estabelece que:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

E o artigo 397 do referido diploma legal dispõe que: "Art. 397. Se não for encontrada qualquer das testemunhas, o juiz poderá deferir o pedido de substituição, se esse pedido não tiver por fim frustrar o disposto nos arts. 41, in fine, e 395".

Considerar o direito constitucional à prova envolve admitir as provas que sejam hipoteticamente idôneas a conduzir informações relacionadas aos fatos da causa, dependentes de prova, buscando excluir regras que impossibilitem ou tornem

⁴⁷ CAMBI, Eduardo, op. cit., 2006. p.34.

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 121.

excessivamente dificultosa a utilização dos meios probatórios. Trata-se de almejar a justiça e assegurar o Estado Democrático de Direito.

2.7 A produção de prova no processo

O processo é o instrumento jurídico pelo qual se busca reproduzir os fatos que condizem se aproximar da verdade, objetivando assegurar os direitos e garantias previstas no ordenamento jurídico.

É por meio do processo que também se busca a comprovação dos fatos da causa, ou melhor, os fatos deduzidos em juízo pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e igualmente de defesa⁴⁹.

A finalidade do processo penal é verificar com minúcia e exatidão a existência de fato criminoso e a sua autoria para que seja aplicada a sanção condizente, o que se obtém por meio de provas, sejam produzidas pelas partes ou pelo próprio juiz.

O Art. 156 do Código de Processo Penal brasileiro dispõe a quem cabe o ônus da prova no âmbito do processo penal. Estabelece mencionado dispositivo que, em regra, incumbe a acusação provar a existência do fato.

A produção da prova no processo penal esta diretamente relacionada ao direito de liberdade do réu, pois é partir das provas colhidas que o juiz irá proferir uma sentença condenando-o ou absolvendo-o.

O juiz analisará as provas colhidas e formará o seu convencimento acerca dos fatos, seja acolhendo a tese condenatória ou então a tese absolutória, dando cumprimento à atividade jurisdicional. Portanto, as provas precisam ser obtidas por meios lícitos, pois interferem diretamente no direito de liberdade do réu e irão servir de fundamento para a sentença.

O *thema probandum* consiste em meios legais, ou ainda moralmente legítimos, que servem de embasamento para a produção de uma decisão final.

A situação hipotética em que uma das provas fora obtida de maneira ilícita no intuito de salvar a vida da vítima Y, haja vista que a pessoa X manteve a vítima Y por

⁴⁹ RANGEL, Paulo, op. cit., 2005. p. 405.

10 (dez) dias num cativo, tendo telefonado para casa de familiares da vítima Y e exigido vultosa quantia em dinheiro.

Nesta situação entende a jurisprudência brasileira que como a prova obtida ilícita não foi a única colhida, haja vista a existência de várias outras provas evidentes da prática do crime de extorsão mediante seqüestro, o réu X poderá ser condenado pelo crime que ele praticou contra a pessoa Y. A prova ilícita é excluída do processo.

No caso acima, se a prova ilícita for a única prova existente no processo, não serviria para condenar o réu, pois a regra é o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida, em sede do Habeas Corpus nº 29.489/RS, compreendeu que:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. PROVA ILÍCITA. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INADMISSÍVEL. ORDEM DENEGADA.

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

A prova deve ser lícita, uma vez que é produzida num contexto processual advindo do Estado Democrático de Direito. A busca do equilíbrio do processo inclui a observância dos direitos e garantias inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil e em leis infraconstitucionais.

Nesse sentido, Rangel diz que:

A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que **não admite** a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na Constituição, já dissemos, são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o direito positivo, como no passado. Hodiernamente, o grande embate é entre normatividade e efetividade dos direitos previstos na Constituição, ou seja, estão previstos, disciplinados,

consagrados (normatizados), mas não são garantidos, aplicados, concedidos (efetivados)⁵⁰.

Tratando-se de provas ilícitas, inexistente distinção entre a sua inadmissibilidade no processo penal ou no processo civil, não fazendo tal diferenciação a Carta Magna de 1988.

Discute-se na investigação criminal ou no processo penal se as provas obtidas ilicitamente podem ser utilizadas para impedir a prática de um crime de exacerbada gravidade ou propiciar a punição de seus autores.

O direito brasileiro apenas permite o uso da prova ilícita *pro reo*, argumentando seu acolhimento primordialmente no princípio da presunção do estado de inocência ou como alguns doutrinadores utilizam: princípio da não culpabilidade.

A produção de provas por meios ilícitos pode gerar as chamadas provas ilícitas por derivação, chamada pela Suprema Corte norte-americana de teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruits of the poisonous tree*.

A doutrina norte-americana esclarece que a prova ilícita originária ou inicial contamina as demais provas decorrentes, o que foi chamada de ilicitude por derivação.

Sendo assim, se a investigação criminal busca o esclarecimento do fato delituoso e a descoberta da autoria, necessário se faz que as provas colhidas sejam lícitas para respaldar a ação penal.

Caso sejam as provas obtidas por meios ilícitos, devem ser estas desentranhadas dos autos processuais. Caso sirvam de alicerce para decisões, devem ser consideradas nulas. A respeito da produção de prova, o STF passou inicialmente a ter um posicionamento e posteriormente se manifestou de forma mitigada a respeito da produção de provas ilícitas. A seguir duas decisões que respaldam essa linha de pensamento da Corte Maior de nosso Estado apresentando posicionamentos diferenciados:

Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, “nas hipóteses e na forma” por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da

⁵⁰ RANGEL, Paulo, op. cit., 2005. p.415.

Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, de julgamento de ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente. Votação por maioria. (HC nº 69.912-RS – Rel. min. Sepúlveda Pertence. Publicado DJ: 25/3/1994, p. 6.012. Julgamento 16/12/1993 – Tribunal Pleno).

Habeas corpus. Prova ilícita. Escuta telefônica. Fruits of the poisonous tree. Não acolhimento. Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica – prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.7.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam – não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras licitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido. Unânime. (HC nº 74.599/SP Habeas Corpus. Relator Ministro Ilmar Galvão. Publicação DJ: 7/2/1997 p. 1.340. Julgamento: 3/12/1996 – Primeira Turma).

O entendimento moderno é de que a prova colhida em decorrência de uma prova obtida por meio ilícito, em regra, é inadmissível no processo e deverá ser desentranhada dos autos.

2.8 Valoração da prova

Existem basicamente três sistemas de apreciação das provas que podem ser adotados pelos ordenamentos processuais:

a) sistema da prova legal, compreendido como aquele em que a lei estabelece detalhadamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova;

b) sistema da valoração *secundum conscientiam*, o qual consiste em atribuir ao juiz integralmente a liberdade de avaliação das provas. A decisão do juiz pode ser fundamentada na prova existente nos autos, a decisão pode ser formada sem a existência de prova e até mesmo contra a prova.

c) sistema da persuasão racional, que consiste em o juiz formar livremente o seu convencimento, observando os critérios racionais que devem ser indicados⁵¹.

No ordenamento jurídico brasileiro foi acolhido o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento, consagrado no artigo 131 do Código de Processo Civil.

Diz o artigo 131 do Código de Processo Civil que:

Art.131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento.

E o artigo 157 do Código de Processo Penal dispõe que: “Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

Observa-se que a persuasão racional compreende o convencimento elaborado com liberdade intelectual, em que se apóia na prova constante dos autos sendo avaliada segundo critérios críticos e racionais capazes de fornecer a motivação que conduzam o juiz à conclusão. A liberdade de convicção do juiz não significa a faculdade de apreciação que atinja as fronteiras do arbítrio. O juiz precisa indicar os motivos de fato e de direito para fundamentar sua decisão.

A valoração da prova compreende a atividade intelectual desenvolvida pelo juiz por meio do qual confronta as afirmações das partes com os meios de prova constantes nos autos, visando a verificar sua veracidade⁵².

⁵¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., 2007. p. 375.

⁵² ROCHA, José de Albuquerque, op. cit., 1996. p.259.

3 DIREITOS E GARANTIAS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 APLICÁVEIS À PROVA

Os princípios constitucionais processuais que estão relacionados à prova encontram-se inseridos no Título II, que trata dos Direitos e Garantias fundamentais, precisamente no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como em outros dispositivos constitucionais.

O Artigo 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelece que os direitos e garantias expressos na Carta Magna não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que seja parte a República Federativa do Brasil.

Robert Alexy esclarece que os princípios são "mandamentos de otimização", compreendendo como "normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes". Os princípios são caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida necessária de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais, mas também das jurídicas, em que o âmbito é determinado por princípios e regras opostos. E as regras "são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há que se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível."¹

Paulo Bonavides considera que os princípios são normas-chave de todo o sistema jurídico².

¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.86-87.

² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.286.

Os princípios indicam os critérios a ser seguidos para que se obtenha uma decisão, podendo acontecer que um determinado princípio venha prevalecer em alguns casos e seja preterido em outros casos, o que não compreende a sua exclusão. Portanto, poderá acontecer a ponderação de valores dependendo do caso apresentado.

Interessante frisar o pensamento de alguns doutrinadores em relação aos direitos e garantias fundamentais, haja vista que nesta seara estão inseridos os princípios constitucionais relacionados à prova no processo.

O Constituinte Originário elencou vários direitos e garantias fundamentais, dos quais se pode observar que alguns são aplicáveis à prova, inclusive alguns são compreendidos por doutrinadores como princípios constitucionais do processo aplicáveis à prova.

Vale salientar o entendimento do professor Marcelo Lima Guerra:

[...] uso de terminologias como ‘garantias’ ou ‘princípios’ pode ter o inconveniente de preservar aquela concepção das normas constitucionais, sobretudo aquelas relativas aos direitos fundamentais, que não reconhece a plena força positiva de tais normas, em suma, a aplicação imediata. Dessa forma, revela-se extremamente oportuno procurar substituir essas expressões terminológicas pela expressão ‘direito fundamentais’, de modo a deixar explicitado a adoção desse novo marco teórico-dogmático que constitui o cerne do constitucionalismo contemporâneo, a saber, a teoria dos direitos fundamentais³.

Interessante esclarecer que, didaticamente, alguns doutrinadores apresentam uma distinção entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Nessa perspectiva, “os direitos do homem” apresentam-se no sentido de direitos naturais, mas ainda não positivados; “os direitos humanos” seriam os positivados no âmbito do direito internacional; e “os direitos fundamentais” seriam os direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado⁴.

Gilmar Ferreira Mendes explica que:

³ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 65

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36.

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático⁵.

Segundo Canotilho, os direitos fundamentais compreendem:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)⁶.

Observa Canotilho que os direitos fundamentais como função de direitos de defesa dos cidadãos podem ser vistos sob dois aspectos: o primeiro num plano jurídico-objectivo; e o outro, no plano jurídico-subjetivo. O plano jurídico-objectivo constitui-se de normas que apresentam competência negativa, haja vista que buscam inibir as ingerências dos poderes públicos na esfera jurídica individual. No plano subjetivo, constitui-se no poder de executar positivamente os direitos fundamentais, inclusive de exigir omissões dos poderes públicos, buscando evitar que estes, por meios de seus agentes, pratiquem condutas lesivas⁷.

José Adércio Leite Sampaio expõe que:

Se temos em mente o fato de que o direito moderno só existe na tensão entre faticidade (ou seja, entre o caráter histórico e contingente do direito moderno que o liga, indissolúvelmente, ao fato de ser um sistema de ação que recorre inclusive à força para sua concretização e, assim, à política) e validade (ou seja, a dimensão de justificação racional do direito moderno, que o liga, indissolúvelmente, à exigência de sua fundamentação, vale dizer, às questões acerca da sua legitimidade e justiça, e assim, à moral moderna), então podemos dizer que os Direitos Fundamentais são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo, ou seja, democrático⁸.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p.46.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra - Portugal: Almedina, 1999. p. 383.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999. p.383.

⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.236.

Cumpra esclarecer que os direitos e garantias fundamentais não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas, nem como argumento para afastamento ou redução da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, tendo em vista a inserção de desrespeito do Estado de Direito⁹.

Ruy Barbosa, citado por Uadi Lammêgo Bulos, expõe que direitos não se confundem com garantias, porque:

No texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito¹⁰.

As garantias visam a instrumentalizar e a assegurar direitos, podendo assumir a forma de princípios ou de regras, por meio dos quais se positivam e se expressam¹¹.

Pode-se mencionar que estão previstos explicitamente no Art. 5º da Carta Magna de 1988 e são aplicáveis à prova o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade e o da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

3.1 Devido processo legal

O devido processo legal vem previsto expressamente no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme expõe:

Art. 5º 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, nos termos seguintes:

[...]

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

O devido processo legal, oriundo da expressão inglesa *due process of law*, caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, haja vista que apresenta

⁹ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 27.

¹⁰ BARBOSA, Rui. República: teoria e prática. Petrópolis-Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados, 1978, p. 121. Apud BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2003. p.106.

¹¹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p.61.

direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido amplo e genérico. A tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob o manto de proteção da *due process clause*¹².

Objetiva o devido processo legal assegurar ao indivíduo o direito de ser processado nos termos da lei, garantindo-lhe o contraditório, a ampla defesa e o julgamento com imparcialidade.

Interessante frisar que a cláusula do devido processo legal apresenta dois aspectos: 1) o material e 2) o processual.

Cada aspecto destaca que:

1) O devido processo legal em sentido material ou substancial (*substantive due process of law*) diz respeito ao direito material de garantias fundamentais do cidadão, representando, portanto, uma garantia na medida em que protege o particular em face da atividade estatal que, atuando de maneira arbitrária, desproporcional ou não razoável, constitua violação a qualquer direito fundamental.

2) O devido processo legal formal, ou em sentido processual (*procedural due process of law*), apresenta como conteúdo determinadas garantias de natureza processual, atribuídas às partes tanto no trâmite do processo quanto no que se refere à sua relação com o Poder Judiciário¹³.

Cumprido esclarecer que a cláusula do devido processo legal apresenta como corolários o contraditório e a ampla defesa, assegurados aos litigantes, seja no processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme dispõe o artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna de 1988.

Nelson Nery Junior afirma que o devido processo legal é o princípio base, em que se sustentam os demais princípios, e serve de alicerce para outros princípios¹⁴.

¹² NERY JUNIOR, Nelson, op. cit., 2004. p.63.

¹³ BONFIM, Edílson Mougnot. **Curso de processo penal**. 2 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 39-40.

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson, op. cit., 2004. p.60.

A cláusula do devido processo legal significa a possibilidade efetiva de a parte obter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se da maneira mais ampla possível.

Portanto, a obtenção de provas com a inobservância das garantias estabelecidas na ordem constitucional ou em contradição com o previsto em normas fundamentais de procedimento fere o devido processo legal.

3.2 Ampla defesa e contraditório

A ampla defesa e o contraditório estão expressamente previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece:

Art. 5º. Omissis.

[...]

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

Segundo Alexandre de Moraes, a ampla defesa compreende o asseguramento de condições fornecidas ao réu que possibilitem a ele trazer para o processo os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou até mesmo omitir-se ou calar-se, se considerar imprescindível, enquanto o contraditório é entendido como a exteriorização da ampla defesa, inclusive conferindo a dialética ao processo, haja vista que do ato produzido pela acusação caberá igual direito à defesa de se opor ou então apresentar outra versão, ou, ainda, aduzir uma interpretação jurídica diferente daquela mencionada pelo autor¹⁵.

A defesa ampla visa a impugnar da melhor forma as situações que envolvem questões de fato e de direito, inclusive os de âmbito especificamente processual.

A ampla defesa compõe-se da defesa técnica e da autodefesa. A defesa técnica refere-se à defesa exercida por profissional, exigindo a capacidade postulatória e o conhecimento técnico. A autodefesa seria aquela que o acusado exerce ao longo do processo. Pode-se mencionar como exemplo de autodefesa o interrogatório.

¹⁵ MORAES, Alexandre de, op. cit., 2005. p.93.

O princípio do contraditório tem íntima relação com o direito de ação, com o direito de defesa e com o princípio da igualdade das partes.

3.3 Princípio da presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade

O princípio da inocência ou princípio da não culpabilidade vem previsto no artigo 5º, inciso LVII da Carta Magna de 1988 que dispõe:

Art. 5º. Omissis.

[...]

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

É um dos princípios constitucionais relacionados ao processo que visa à proteção da liberdade, em que há necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo por meio das provas colhidas no processo, haja vista que o indivíduo é presumidamente inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos caminha ao lado do princípio da presunção de inocência, pois as provas é que vão servir de alicerce para a absolvição ou condenação do réu, portanto, precisam ser lícitas para que a prestação jurisdicional seja proferida com padrão de legalidade e justiça.

O dispositivo constitucional relaciona-se implicitamente com o ônus da prova, na medida em que determinada pessoa é presumidamente inocente até que existam provas e ela seja condenada por sentença definitiva transitada em julgado.

Cumprido ressaltar que o princípio da presunção da inocência não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, pois é possível a prisão a título de cautela, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, para a garantia da ordem pública. Por exemplo, o réu é condenado por crime de latrocínio, mas a sentença ainda não transitou em julgado, seja ele reincidente ou não reincidente, presente ou não presente bons antecedentes, se estiver se desfazendo de seus bens, numa notória demonstração de que pretende fugir a eventual sanção, justifica-se sua prisão provisória, mesmo havendo previsão legal do princípio da não culpabilidade.

Interessante esclarecer que a pessoa que foi indiciada em inquérito policial pela prática de um crime ou então está respondendo a processo administrativo, ou processo judicial, é presumidamente inocente, pois somente poderá vir a ser considerada culpada após o trânsito em julgado de sentença condenatória, em que não caiba recurso.

Por exemplo, instaurado inquérito policial, mediante portaria, para investigar a autoria do crime de roubo, estando a materialidade já evidenciada, sendo descoberto no decorrer das investigações à luz da obtenção de provas lícitas, que a conduta criminosa foi praticada pela pessoa X. Então, o delegado de polícia conclui o inquérito policial indiciando a pessoa X pela prática de crime de roubo. A pessoa X, mesmo indiciada, apresenta presunção de inocência, pois não consta sentença penal condenatória transitada em julgado.

O inquérito policial é um procedimento administrativo, realizado pela autoridade policial, em que busca coletar provas com o intuito de descobrir a autoria e materialidade de determinada infração penal.

Vale lembrar que mesmo num processo de âmbito civil, por exemplo, numa ação civil por danos morais, a pessoa apenas é considerada responsável após o trânsito em julgado da sentença civil condenatória. É possível que sejam admitidas providências antecipatórias, medidas cautelares, observada a urgência do caso concreto.

3.4 Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

O direito à prova é essencial e contribui para que a sentença seja prolatada com segurança, haja vista que é dada oportunidade às partes de apresentarem provas que possam colaborar para que o juiz profira a decisão mais adequada para o caso concreto.

Conforme exposto anteriormente, o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevê o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, haja vista que não admite as provas colhidas com infringência às normas de direito material.

A idoneidade da prova contribui para a concretização do devido processo legal, pois protege os direitos do cidadão e busca a decisão que melhor se adapte ao caso.

O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos precisa ser observado em conformidade com outros princípios constitucionais para que a decisão proferida pelo magistrado diante do fato concreto seja adequada, justa e legal.

O Estado apresenta limites na utilização dos meios para a obtenção de provas, pois seria incoerente para o Estado, ao proteger os direitos e garantias fundamentais, utilizar-se da prática de meios ilícitos para sustentar suas decisões.

Prova obtida por meios ilícitos seria aquela produzida com violação de norma de direito material. Como exemplo, pode-se mencionar a prova da confissão de um fato obtida mediante a prática de tortura. E a prova ilegítima seria aquela obtida com desrespeito ao direito processual¹⁶.

Interessante transcrever o entendimento de Antônio Magalhães Gomes Filho em relação à admissibilidade da prova:

A admissibilidade da prova constitui, portanto, um conceito de direito processual e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos; daí sua habitual formulação em termos negativos: inadmissibilidade, proibição de prova, 'exclusionary rules'¹⁷.

É importante que a prova apresentada tenha sido colhida lícitamente, pois assim será obtida maior credibilidade do órgão que irá proferir a decisão.

Pode-se indagar se é possível o Estado utilizar-se de meios ilícitos para obtenção de provas para condenar os réus, diante do seguinte exemplo: uma criança de 8 (oito) anos de idade, que sofre sério problema asmático, sob efeito de remédios específicos e de elevado valor, que foi levada numa manhã de domingo, por uma quadrilha, cujos integrantes exigem vultosa quantia em dinheiro dos pais da criança, para que esta seja libertada em poucas horas, além da incomunicabilidade

¹⁶ MORAES, Alexandre de, op. cit., 2005. p.95.

¹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., 1997. p.95.

do fato. E, ainda, informaram que a criança estava passando muito mal, correndo risco de vida. O pai da criança não dispunha do dinheiro exigido pelos componentes da quadrilha, mas os componentes da quadrilha foram irredutíveis em relação ao valor.

Com base na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, se algumas das provas colhidas foram obtidas ilicitamente, não serviria para condenar os réus por crime de extorsão mediante seqüestro, previsto no artigo 159 do Código Penal brasileiro¹⁸, e que os réus poderiam ser condenados por crime de formação de quadrilha, disposto no artigo 288 do Código Penal brasileiro¹⁹, com fundamento nas provas colhidas anteriormente à obtenção das provas obtidas por meios ilícitos.

Se existem provas que foram colhidas lícitamente e não são decorrentes de provas obtidas ilicitamente, é possível que o réu seja condenado por crime de extorsão mediante seqüestro.

Vale esclarecer que o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 74.678, 1ª Turma, 10 de junho de 1997; no *Habeas Corpus* 75261, 1ª Turma, DJ de 22 de agosto de 1997, p. 38764, Relator Ministro Otávio Gallotti, decidiu que:

Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre seqüestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações: Lícitude desse meio de prova.

Cumprido salientar que o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos será abordado com profundidade em capítulo específico, considerando que é o tema principal deste trabalho.

¹⁸ Art. 159 do Código Penal Brasileiro. Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: pena – reclusão, de 8(oito) a 15(quinze) anos.

§ 1º Se o seqüestro dura mais de 24(vinte e quatro) horas, se o seqüestrado é menor de 18(dezoito) ou maior de 60(sessenta) anos, ou se crime é cometido por bando ou quadrilha: pena – reclusão, de 12(doze) a 20(vinte) anos.

§ 2º Se o fato resulta lesão corporal de natureza grave: pena – reclusão, de 16(dezesesseis) a 24(vinte e quatro) anos.

§ 3º Se resulta a morte: pena – reclusão, de 24(vinte e quatro) a 30(trinta) anos.

§ 4º Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a liberação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de 1(um) a 2/3(dois terços).

¹⁹ Art. 288 do Código Penal Brasileiro. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: pena – reclusão, de 1(um) a 3(três) anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

3.5 Motivação das decisões judiciais

O princípio da motivação das decisões judiciais vem previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 93, inciso IX, que estabelece:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observando os seguintes princípios:

[...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentada 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.

Compreende o princípio da motivação das decisões judiciais que as decisões devem ser motivadas sob pena de nulidade, sendo referido princípio manifestação do Estado de Direito.

O princípio da motivação das decisões judiciais está relacionado à prova, pois o juiz analisará o conjunto de provas existentes no processo e as leis para fundamentar sua decisão.

Cumprir frisar que o artigo 458, inciso II, do Código de Processo Civil, estabelece como requisito essencial da sentença que o juiz mencione os fundamentos de fato e de direito utilizados para decidir a causa.

A palavra “fundamentar”, no âmbito do direito, significa o magistrado apresentar os motivos de fato e de direito que ensejaram a decidir a causa daquela forma. Assim, o juiz, para decidir, precisa analisar o conjunto das provas colhidas e inseridas nos autos do processo.

4 O PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos foi acolhido pelo legislador constituinte brasileiro em 1988, estando previsto no artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna de 1988, o qual considera como inadmissíveis, no processo, as provas obtidas ilicitamente, visando a proteger os direitos e garantias fundamentais.

É tema de destaque o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no âmbito jurídico, haja vista que os avanços tecnológicos tornaram mais vulneráveis a vida privada, a intimidade e a honra humana. O ser humano precisa compreender que invasões desnecessárias ou desmedidas na vida de outro não encontram amparo no mundo jurídico, inclusive causa transtornos para ambos¹.

O direito à prova colhida licitamente emerge para fornecer maior credibilidade ao ordenamento jurídico brasileiro, pois as decisões serão respaldadas em consonância com os direitos e garantias fundamentais.

No intuito de manter o equilíbrio são apresentadas diretrizes no ordenamento jurídico, visando a fornecer ao Estado poderes suficientes para enfrentar a criminalidade que cresce a cada dia. Por outro lado, busca garantir ao cidadão a tranquilidade, a intimidade, inclusive apresentando remédios para curar os excessos e abusos dos órgãos oficiais.

Cumprido salientar que, em nome da segurança nacional, não se pode conceber que seja dada uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo. Também, não se pode conceber, com fundamento no princípio da verdade real, que a prova seja obtida por meios ilícitos, ofendendo direitos e garantias fundamentais

¹ FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., 2007. p.90.

do indivíduo, sem motivos ponderáveis e sem observância do critério da proporcionalidade e da razoabilidade.

A vedação da prova obtida por meios ilícitos atua no controle da atividade estatal persecutória, pois inibe e desestimula que sejam adotadas práticas probatórias ilegais por parte do responsável pela sua produção, além do propósito ético de tal proibição².

Os meios de prova precisam ser idôneos e admissíveis juridicamente para que a prova seja considerada como obtida licitamente.

Vale transcrever a decisão dada pelo Plenário do Supremo Tribunal na Ação Penal 307-3-DF, Min. Ilmar Galvão, DJU, em 13 de outubro de 1995:

AÇÃO PENAL 307-3. PLENÁRIO DO STF. MIN. ILMAR GALVÃO. DJU, 13 DE OUTUBRO DE 1995. 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, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor 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. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5º, inc. LVI, com efeito dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Paulo de Sousa Mendes, nas Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, que foram organizadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut, salientou que:

Os meios de obtenção de provas são os procedimentos e os instrumentos utilizados pelas autoridades judiciárias, pelas policiais criminais, pelos advogados e até pelos particulares (em especial, os assistentes) para a aquisição de meios de prova e a recolha dos mesmos no processo³.

O termo inadmissível significa o que não pode ser admitido, o que não é possível. Portanto, a Constituição Federal de 1988, ao usar o termo, quis dizer que

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, op. cit., 2004. p.340.

³ PALMA, Maria Fernanda; MENDES, Paulo de Sousa, op. cit., 2004. p.137.

não são admissíveis as provas obtidas por meios ilícitos no processo. Em outras palavras, que são vedadas as provas obtidas ilicitamente.

A inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente no processo advém da posição preferente dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, visando a impossibilitar a violação de uma liberdade pública para que seja obtida qualquer prova⁴.

A admissibilidade da prova está relacionada à idoneidade ou à inidoneidade dos meios hábeis à produção da prova dos fatos⁵.

Mirabete expõe que:

A partir da vigência da nova Carta Magna, pode-se afirmar que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto às ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material.⁶

Paulo Rangel leciona que “no Estado Democrático de Direito, os fins não justificam os meios. Não há como se garantir a dignidade da pessoa humana admitindo uma prova obtida com violação às normas legais em vigor”⁷.

Antonio Scarance Fernandes explica que, em relação às provas serem obtidas por meios ilícitos poderem ser aceitas no processo, se formaram quatro correntes:

1ª) Considera-se que a prova ilícita é admitida quando não existir impedimento na própria lei processual, sendo punido quem produziu a prova pelo crime eventualmente cometido. Entre os doutrinadores que defendem esse entendimento estão: Cordero, Tornaghi e Mendonça Lima.

2ª) Entende-se que não é possível consentir que uma prova obtida ilicitamente, sendo vedada pela Constituição ou por lei substancial, possa ser aceita na esfera processual, haja vista que o ordenamento jurídico é uma unidade. São adeptos dessa corrente: Nuvolone, Frederico Marques, Fragoso, Pestana de Aguiar.

⁴ MORAES, Alexandre de, op. cit., 2000. p.260.

⁵ CAMBI, Eduardo, op. cit., 2006. p.33.

⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., 2000. p. 260.

⁷ RANGEL, Paulo, op. cit., 2005. p.424.

3ª) Considera-se que é inadmissível a prova obtida com violação de norma de conteúdo constitucional, haja vista que será considerada inconstitucional. Entre os defensores dessa corrente estão: Cappelletti, Vigoriti e Comoglio.

4ª) Admite-se a produção de prova obtida com violação de norma constitucional em situações excepcionais, no intuito de proteger valores mais relevantes do que aqueles que foram infringidos na colheita de prova e que estão também protegidos constitucionalmente. Entre os que admitem essa corrente estão: Baur, Barbosa Moreira, Renato Maciel, Hermano Duval, Camargo Aranha e Moniz Aragão⁸.

Cumprido frisar que o professor Luiz Flavio Gomes esclarece que inadmissibilidade não se confunde com nulidade. Enfatiza que os atos irregulares, sejam anuláveis, nulos ou inválidos, podem ser analisados *ex ante* ou *ex post*. E o sistema de nulidades é baseado numa perspectiva *ex post*, em que a nulidade é examinada posteriormente à produção ou introdução da prova no processo. Já o sistema da inadmissibilidade é distinto, porque parte de uma perspectiva *ex ante*, ou seja, impedindo que uma prova seja introduzida nos autos⁹.

O professor Luiz Flavio Gomes acrescenta que a nulidade pretende nulificar a eficácia de uma prova, enquanto a inadmissibilidade visa a impedir o ingresso da prova no processo, haja vista que prova obtida por meios ilícitos apresenta as características de um ato inexistente¹⁰.

O sistema de nulidade foi criado para operar depois da produção da prova, enquanto o sistema da inadmissibilidade foi concebido para incidir antes da produção da prova nos autos. No sistema de nulidades, uma prova irregular pode apresentar eficácia e influenciar no convencimento do juiz. E no sistema de inadmissibilidade, uma prova considerada ilícita não pode permanecer no processo, pois pode influenciar no convencimento do julgador¹¹.

Vicente Grego Filho, em relação ao dispositivo constitucional que trata da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, entende que a regra não é

⁸ FERNANDES, Antônio Scarance, op. cit., 2007. p.91.

⁹ PIERANGELI, José Henrique; GOMES, Luiz Flavio; KUEHNE, Maurício. **Direito criminal**. Coleção Jus Aeternum 6. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.75.

¹⁰ Ibid., 2005. p.75.

¹¹ Ibid., 2005. p.75.

absoluta, uma vez que tem que conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assevera que continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que seja constitucionalmente garantido, a fim de se admitir ou não admitir a prova obtida por meio ilícito¹².

Cumpra esclarecer que o termo processo inserido no referido dispositivo constitucional tem abrangência ampla, pois trata o processo de modo geral, englobando tanto o processo judicial como o processo administrativo.

Os doutrinadores Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco entendem que o processo é o instrumento em que ocorre a positivação do poder¹³.

No âmbito do direito processual, o processo significa o instrumento pelo qual se busca uma decisão que seja adequada ao caso concreto e que esteja respaldada pela lei, inclusive observado o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais.

O professor José de Albuquerque Rocha explica que o processo compreende uma seqüência de atos, que são praticados pelos órgãos judiciários e pelas partes, necessários à produção de um resultado final, que é a concretização do direito¹⁴.

Uadi Lammêgo Bulos enfatiza a inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos no inquérito expondo que:

Ao referir-se a 'processo', o dispositivo não excluiu o inquérito policial. Se não é permitida a produção da prova ilícita, na fase processual, do mesmo modo será ela vedada durante o inquérito. Não é dado proteger, apenas, o acusado, deixando ao desamparo o indiciado. Todos os dois têm a mesma importância, haja vista o pórtico geral da isonomia¹⁵.

Portanto, as provas obtidas no inquérito policial precisam ser lícitas, haja vista que dão suporte para o Ministério Público oferecer denúncia. Por exemplo, um delegado de polícia instaurou inquérito policial visando a apurar a prática de crime de tráfico ilícito de drogas, previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Entretanto, no decorrer das investigações, observa que apenas por meio da

¹² SCHIMITT, Ricardo Augusto; Greco Filho, Vicente. **Princípios penais constitucionais**. Prova ilícitas, ônus da prova e constituição. Salvador: Juspodivm, 2007. p.112.

¹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., 2007. p.295.

¹⁴ ROCHA, José de Albuquerque, op. cit., 1996. p.210.

¹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo, op. cit., 2003. p.295.

interceptação de comunicação telefônica de determinada linha telefônica referente a certo número seria possível saber o nome dos demais autores do delito. Para tanto, precisa requerer ao juiz a ordem para a realização da interceptação telefônica, com fundamento no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, e na Lei nº 9.296/96, que trata da interceptação das comunicações.

4.1 Conceito de prova obtida por meios ilícitos

A terminologia adotada pelo Constituinte na Carta Magna de 1988 foi a “prova obtida por meios ilícitos” é inadmissível no processo. Alguns doutrinadores usam a expressão prova ilícita como sinônima da expressão prova obtida por meios ilícitos.

A manifestação de uma pretensão em juízo pode ser lícita, entretanto, o meio para demonstração dos fatos que servem de fundamento pode ser ilícito.

Nuvolone, citado por Avolio, entende que as provas obtidas por meios ilícitos são uma das espécies de prova vedada em que se observa violação a normas ou princípios de direito material. Portanto, a expressão vedação já indica inadmissibilidade no processo. Assim, a prova é considerada ilícita quando for obtida com inobservância de preceitos de direito material¹⁶.

Rodrigo Pereira de Mello expõe que:

As provas ilícitas, ou melhor dizendo, as provas obtidas por meios ilícitos, além de inadmissíveis ao processo por contrariedade a regras de direito material ('provas ilícitas diretas') também contagiam com o mesmo repúdio as provas delas diretamente derivadas ('provas ilícitas por derivação')¹⁷.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Filho explicam que:

A prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade¹⁸.

¹⁶ NUVOLONE, P. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. Riv. Dir. Proc., 1966. Apud AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, op. cit., 2003. p.42.

¹⁷ MELLO, Rodrigo Pereira de. **Provas ilícitas e sua interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2000. p.68.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., 2001. p.133.

A prova obtida por meios ilícitos é uma espécie de prova vedada, a qual viola os princípios ou normas inseridos na Constituição e em leis, inobservando a intimidade, o sigilo das comunicações e a integridade e a imagem das pessoas.

Explica Antonio Scarance Fernandes que são várias as inviolabilidades existentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 visando a resguardar os direitos fundamentais da pessoa, entre elas: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (art. 5º, X), inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (art. 5º, XII)¹⁹.

A Carta Magna de 1988, ainda, visa a proteger o homem contra a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, XLIX) e ampara o preso em sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX). A violação destas e de outras garantias individuais de âmbito constitucional para a produção de prova gera como consequência uma prova eivada de ilicitude²⁰.

Exemplificando, a confissão mediante tortura é considerada prova obtida por meio ilícito, pois viola regra de direito material. Em relação à tortura, vale transcrever o que estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, incisos III e XLIII, que dispõe:

Art.5º Omissis

[...]

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Então, as provas obtidas por meios ilícitos são aquelas que não respeitaram normas de direito de material, pois ferem princípios fundamentais e normas inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e em leis.

¹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., 2007. p.90.

²⁰ FERNANDES, Antônio Scarance, op. cit., 2007. p. 92.

4.2 Espécies de provas consideradas proibidas

O direito à prova, embora fundamental para o direito de ação e defesa, não é absoluto, pois as partes têm limitações para produzir provas.

A expressão “prova proibida, defesa ou vedada” significa aquela prova que não pode ser admitida nem valorada no processo.

A prova é proibida ou vedada quando caracterizar violação de normas legais ou de princípios do ordenamento no âmbito processual ou material. É com base nessa definição que doutrinadores, como Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, dividem as provas em: a) provas obtidas por meios ilícitos; e b) provas ilegítimas²¹.

A prova ilícita, ou ilicitamente obtida, compreende a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material, principalmente de direito constitucional, pois a problemática da prova ilícita se relaciona ao tema das liberdades públicas, em que estão assegurados os direitos e garantias referentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana, e, ainda, com o direito penal, civil, administrativo, em que já estão conceituados na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem contrapor-se às exigências de segurança social, investigação criminal e acerto da verdade, tais como as de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência e outros²².

As provas ilícitas posicionam-se como espécie das “provas vedadas”, pois contrariam as normas de direito material, quer quanto ao meio, quer quanto ao modo de obtenção²³.

A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual.

Importante ressaltar que determinadas provas ilícitas constituídas mediante violação de normas materiais ou de princípios gerais do direito podem ao mesmo

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., 2001. p.133.

²² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, op. cit., 2003. p. 43.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., 2001. p.133.

tempo ser consideradas ilegítimas, se a lei processual também impedir sua produção em juízo.

Quanto ao momento da transgressão da prova, pode-se dizer que na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo e na prova ilícita pressupõe uma violação no momento da obtenção da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, entretanto externamente a este.

Guilherme de Sousa Nucci entende que:

O ilícito envolve o ilegalmente colhido (captação da prova ofendendo o direito material, v.g., a escuta telefônica não autorizada) e o ilegitimamente produzido (fornecimento indevido de prova no processo, v.g., a prova da morte da vítima através de simples confissão do réu). Se houver a invenção dos conceitos aceitando-se que ilicitude é espécie de ilegalidade, então a Constituição estaria vedando somente a prova produzida com infringência às normas de natureza material e não cuidando, por força da natural exclusão, das provas ilegítimas, proibidas por normas processuais, o que se nos afigura incompatível com o espírito desenvolvido em todo o capítulo dos direitos e garantias individuais²⁴.

O direito à prova, embora fundamental para o direito de ação e defesa, não é absoluto, pois as partes têm limitações para produzir provas. Com a vigência da Carta Magna de 1988, pode-se dizer que são inadmissíveis no processo tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as provas ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material.

Constituem provas ilícitas as obtidas com violação de correspondência, de transmissão telegráfica e de dados, e as conversações telefônicas colhidas não autorizadas judicialmente (art. 5º, XII da Constituição Federal de 1988); com violação do domicílio, salvo nas hipóteses de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou por determinação judicial (art. 5º, XII da Constituição Federal de 1988), as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X da Constituição Federal de 1988), dentre outras.

Eduardo Cambi discorda da nomenclatura de provas ilícitas e ilegítimas e expõe que:

Quando se refere à ilicitude da prova, deve-se pensar no vício que afeta o conteúdo da prova, não na violação de regras processuais

²⁴ NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código de Processo Penal comentado**. 6. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 337.

(concernentes ao procedimento probatório) ou substanciais (relativas à proibição ou à vedação de uma conduta mediante a qual a prova é obtida pela parte). Dessa maneira, amplia-se a noção de provas ilícitas, podendo a vedação probatória estar expressamente prevista nas leis processuais ou nas leis materiais, além de poder ser deduzida implicitamente do sistema jurídico-constitucional²⁵.

O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas tem como alicerce a moralidade e a legalidade dos atos praticados pelo Estado e que se a prova obtida por meios ilícitos ofende o direito, não pode, em regra, ser admissível.

4.3 A evolução da inadmissibilidade das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Século XX

A doutrina brasileira, durante algum tempo, dividiu-se em relação à admissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos. Inclusive, segundo Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, preponderava até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no tocante à prova civil aplicável ao direito de família, a teoria da admissibilidade²⁶.

As provas obtidas por meios ilícitos, consideradas como as que violam regras de direito material, podem ser focalizadas em dois sistemas: a) o sistema legalista; e b) o sistema constitucionalista²⁷.

O sistema legalista preponderou no Brasil da vigência do Código Penal brasileiro de 1942 até meados da década de 70, o qual admitia no processo penal a prova obtida por meios ilícitos, sendo esta considerada válida. Portanto, não havia respeito à regra de exclusão, entretanto, o responsável pela ilicitude deveria ser sancionado²⁸.

Nesse período havia julgados que apresentavam o posicionamento pautado no sistema legalista da prova obtida por meios ilícitos, em que se ignorava que a verdade judicial exige estrita observância de alguns limites, que não podem ser desprezados.

²⁵ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 69.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarence; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.138.

²⁷ PIERANGELI, José Henrique; GOMES, Luiz Flávio; ORDEIG, Enrique Gimbernat; KUEHNE, Maurício, op. cit., 2005. p.69.

²⁸ PIERANGELI, José Henrique; GOMES, Luiz Flávio; ORDEIG, Enrique Gimbernat; KUEHNE, Maurício, op. cit., 2005. p.69.

Segundo o Magistrado paulista Ricardo Cintra Torres de Carvalho, citado por Luiz Flávio Gomes, o sistema legalista da admissibilidade das provas ilícitas tinha embasamento em 3 (três) princípios: a) princípio do livre convencimento, cabendo ao juiz atribuir a cada prova o valor que merecer; b) princípio da fé pública, em que as provas produzidas pelas autoridades públicas são consideradas presumidamente verdadeiras, atribuindo ao interessado provar que são inválidas; c) princípio da veracidade da prova, em que a prova seria examinada pela porção de convencimento existente, abstraindo-se a maneira como foi colhida²⁹.

No sistema legalista não havia questionamentos aos abusos dos próprios órgãos estatais incumbidos da obtenção da prova, entretanto existiam opositores a esse sistema, mas até o final da década de 70 preponderou à conivência da Justiça com as arbitrariedades, especialmente em relação à colheita da prova³⁰.

Interessante ressaltar que foi em virtude da posição do Supremo Tribunal Federal em 1977, que determinou o desentranhamento das fitas gravadas clandestinamente, em que se tratava de interceptação de conversa telefônica da mulher, feita pelo marido, para instruir processo de separação judicial (RTJ 84/609), que se observou a passagem do sistema legalista para o sistema constitucionalista³¹.

A tendência evolutiva da jurisprudência brasileira para a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos foi sendo observada no decorrer dos anos, quando alguns tribunais não aceitavam as interceptações telefônicas clandestinas, as confissões extorquidas etc.³²

O sistema constitucionalista reconhece a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos como a regra a ser preservada no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁹CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 3, n. 12, 1995, p. 167. Apud PIERANGELI, José Henrique; ORDEIG, Enrique Gimbernat; GOMES, Luiz Flávio; Kuehne, Maurício, op. cit., 2005, p.71.

³⁰PIERANGELI, José Henrique; GOMES, Luiz Flávio; ORDEIG, Enrique Gimbernat; KUEHNE, Maurício, op. cit., 2005. p.69.

³¹GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarence; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., 2001. p.138.

³²GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarence; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., 2001. p.138.

Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 18 de dezembro de 1986, em processo penal, determinou o trancamento de inquérito policial baseado em interceptações feitas por particulares, confessadamente ilícitas (RTJ 122/47)³³.

O legislador constituinte consolidou no Texto Constitucional de 1988 o entendimento focado no sistema constitucionalista, quando inseriu no artigo 5º, inciso LVI, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos comporta exceção apresentada pela doutrina e jurisprudência brasileira, em que considera a prova colhida ilicitamente em benefício do réu, haja vista não se tratar de um direito absoluto.

Predomina na doutrina processual moderna o entendimento de que é possível a admissibilidade das provas ilícitas em situações excepcionais, após o atendimento de diversos pressupostos. Defendem a aplicação da teoria da proporcionalidade para admitir as provas obtidas por meios ilícitos em algumas situações que se contraponham aos direitos fundamentais.

4.4 As provas ilícitas por derivação

A doutrina anglo-americana inseriu no ambiente jurídico a Teoria da Árvore com frutas envenenadas (*fruits of poisonous tree*), o qual sustenta que uma prova ilícita original ou inicial contamina as demais provas decorrentes, sendo uma ilicitude por derivação. Esclarece essa teoria que o vício da planta é transmitido para todos os seus frutos.

As provas ilícitas por derivação são aquelas colhidas licitamente, mas a partir de informação coletada por meios ilícitos.

Cumpra esclarecer que as provas derivadas das provas obtidas por meios ilícitos estão eivadas pela ilicitude originária, porque a prova derivada só foi colhida, pois a prova original foi obtida por meios obscuros ao direito.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarence; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., 2001. p.138.

A prova obtida a partir de uma prova colhida ilicitamente compromete a proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, tornando-a ilícita por derivação.

Interessante mencionar que nem sempre a existência de uma prova obtida ilicitamente determinará a imediata contaminação de todas as outras provas existentes no processo, sendo necessário analisar, no caso concreto, o enquadramento da derivação por ilicitude.

Em relação às provas ilícitas derivadas ressaltam os doutrinadores Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho que:

É preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional: excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outras é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito: ou ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo, na *inevitable Discovery*. Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo³⁴.

Vale salientar que a ponderação da jurisprudência norte-americana não refuta em absoluto e irrestritamente a aplicação da doutrina dos frutos da árvore proibida, haja vista que prevê, pelo menos, três maneiras de efetivá-la: a) a limitação da fonte independente (*independent source limitation*), em que a obtenção da prova não está relacionada diretamente à ilegalidade que fora praticada; b) a limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*), em que o órgão julgador compreende que conseguiria a prova por meio lícito, pois faria uma abstração da ilegalidade que fora praticada; c) a limitação da descontaminação (*purgud taint limitation*), pois a prova sendo obtida por meio ilícito, o vício poderá ser convalidado, quando ocorrer um acontecimento posterior, como no caso de acontecer a confissão espontânea da parte, em que o comportamento está sendo investigado³⁵.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., 2001. p.137-138.

³⁵ CAMBI, Eduardo, op. cit., 2006. p.117.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência predominante defendem a tese dos frutos da árvore envenenada em relação às provas oriundas de provas consideradas ilícitas, entretanto, propendem a acatar a prova colhida como derivada da prova ilícita quando, analisado o conjunto probante, se verificar que aquela poderia ter sido retirada de outras provas lícitamente obtidas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não estabelece posicionamento em relação à discussão sobre a admissibilidade das provas derivadas, deixando a análise para a doutrina e a jurisprudência.

A posição majoritária do Supremo Tribunal Federal compreende que a prova ilícita originária contamina as demais provas dele derivada, em face da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Importante transcrever Acórdãos do Supremo Tribunal Federal que explicam o assunto:

HC 72.588-PB, relatado pelo Ministro Maurício Corrêa, 12 jun. 1996: 'FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA'- Examinando novamente o problema da validade de provas cuja obtenção não teria sido possível sem o conhecimento de informações provenientes de escuta telefônica autorizada por juiz - prova que o STF considera ilícita, até que seja regulamentado o art. 5º, XII, da CF ("é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e 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") -, o Tribunal, por maioria de votos, aplicando a doutrina do "frutos da árvore envenenada", concedeu *habeas corpus* impetrado em favor de advogado acusado de crime de exploração de prestígio (CP, art. 357, parágrafo único), por haver solicitado a seu cliente (preso em penitenciária) determinada importância em dinheiro, a pretexto de entregá-la ao juiz da causa. Entendeu-se que o testemunho do cliente ao qual se chegara exclusivamente em razão de escuta -, confirmando a solicitação feita pelo advogado na conversa telefônica, estaria "contaminado" pela ilicitude da prova originária. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que indeferiram o *habeas corpus*, ao fundamento de que somente a prova ilícita - no caso, a escuta - deveria ser desprezada. Precedentes citados: HC 69.912 - RS (DJ de 26-11-93), HC 73.351-SP (Pleno, 9-5-96; v. Informativo nº 30). HC 72.588-PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, 12-6-96 -INFORMATIVO STF - Brasília, 10 a 14 de junho de 1996 - nº 35.

RHC 90376/RJ, relatado pelo Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma do STF, 03 de abril de 2007: PROVA PENAL – BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) – ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) – INADMISSIBILIDADE – BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE – QUALIFICAÇÃO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA

INVIOLABILIDADE DOMICILIAR – GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTDO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL – CONCEITO DE “CASA” PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) – AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QU OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – IDONEIDADE JURÍDICA – RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) – SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE “CASA” – CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. – Para fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. – Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (“invito domini”), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante da ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF) ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – IDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. – A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum”. Doutrina. Precedentes. **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 efetivamente à garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os**

direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. – A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. – Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no pleno do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. – Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. – A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DA PROVA (“NA INDEPENDENT SOURCE”) E SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS “SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS(1984); MURRAY V. UNITED STATES(1988)”. v.g.. Decisão: A Turma, por votação unânime, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator, para restabelecer a sentença penal absolutória proferida nos autos do processo (grifou-se).

A teoria dos frutos da árvore envenenada explica que se uma prova fora obtida a partir de outra prova colhida ilicitamente, ela também será considerada uma prova inadmissível para o processo. Por exemplo, ocorre uma apreensão de 800 (oitocentos) quilos de cocaína advinda exclusivamente da interceptação telefônica realizada por um terceiro ou então pelo Estado, sem ordem judicial. Essa prova será inadmissível, pois fora obtida por meios ilícitos. Em outras palavras, a apreensão da cocaína somente ocorreu porque houve a interceptação telefônica obtida ilicitamente, portanto, inadmissível no processo, pois a prova originária contaminou a prova derivada.

Caso a apreensão dos 800(oitocentos) quilos de cocaína houvesse ocorrido com base em outras provas originárias colhidas lícitamente e não apenas advindas

da interceptação telefônica ilícita, essa apreensão poderia ser admitida no processo, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial.

4.5 Distinção entre inadmissibilidade e nulidade

Cumpra esclarecer que inadmissibilidade da prova não se confunde com nulidade.

A nulidade é analisada após a introdução da prova no processo. Vale acrescentar que a prova, enquanto não for julgada nula e ineficaz, gera efeitos juridicamente, numa presunção de validade *juris tantum*.

O sistema de nulidades observa uma perspectiva *ex post*, em que a nulidade é examinada posteriormente à produção ou introdução da prova no processo. E o sistema da inadmissibilidade parte de uma perspectiva *ex ante*, em que visa a impedir que uma prova seja introduzida nos autos³⁶.

A inadmissibilidade objetiva impedir o ingresso da prova no processo, haja vista que prova obtida por meios ilícitos apresenta as características de um ato inexistente.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho expõem que:

As provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tida como provas. Trata-se de não-ato, de não prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas. Daí sua total ineficácia³⁷.

O sistema de inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos impede que tal prova seja incorporada nos autos.

A nulidade visa a nulificar a eficácia de uma prova, enquanto a inadmissibilidade pretende impedir que a prova ilícita seja introduzida nos autos.

³⁶PIERANGELI, José Henrique; ORDEIG, Enrique Gimbernat; GOMES, Luiz Flávio; Kuehne, Maurício, op. cit., 2005, p.75.

³⁷GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., 2001. p.143.

No sistema da inadmissibilidade, a prova ilícita não pode persistir no processo, pois poderá influenciar no convencimento do juiz.

Interessante frisar que a condenação com base exclusivamente em prova obtida por meios ilícitos será considerada nula, haja vista ferir diversos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

5 OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE E AS PROVAS OBTIDAS ILICITAMENTE

É antiga a noção de direitos humanos e, com o passar do tempo, o homem sentiu a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos em documento escrito, que passou a ser considerado como direitos fundamentais.

No decorrer do tempo, os estudiosos começaram a verificar a necessidade de aplicar o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade para encontrar a melhor solução possível, quando ocorresse conflito entre direitos e garantias fundamentais.

O professor Raimundo Bezerra Falcão leciona que:

O Direito deve inspirar-se em uma escala axiológica de altíssimo nível, fundamentalmente; acontece, porém, que, ao lado desses valores básicos, existem outros integrantes de série diversa, que são os valores da 'prudência', de que são exemplos a genuína adequação à natureza do problema colocado e aos fatores e condições em que o problema se insere; a congruência histórica, exigindo que se atente para a compatibilidade entre a solução e o momento histórico, seja concernentemente à realidade presente, seja no tocante aos efeitos para o futuro; a viabilidade e praticabilidade das normas que se vão criar, inclusive com relação às condições reais de eficácia; a harmonia entre os desejos de progresso, de sorte que a decisão sobre um problema não acarrete problemas outros, por uma falta de conveniente ponderação das eventuais conseqüências; a legitimidade dos meios adotados para a consecução dos fins, que não de ser justos¹.

A terminologia princípio da proporcionalidade advém da doutrina alemã e o princípio da razoabilidade provém dos norte-americanos².

Segundo Uadi Lammêgo Bulos, a doutrina e jurisprudência predominantes defendem que os referidos princípios são sinônimos, enquanto alguns doutrinadores,

¹ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004. p.183.

² BULOS, Uadi Lammêgo, op. cit., 2003. p.284.

como Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari, entendem que o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade são distintos³.

O princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade ou a proibição do excesso estão entre os meios pelos quais o intérprete busca a adequação, a racionalidade, a idoneidade, a logicidade, o bom senso, a prudência e a moderação do ato de se compreender os textos normativos⁴.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inseriu o Título II que trata dos direitos fundamentais, inclusive considerando como direito fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Interessante observar a importância do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade no campo das provas obtidas por meios ilícitos, buscando atender aos ditames de justiça em consonância com outros direitos fundamentais.

O professor Raimundo Bezerra Falcão expõe que:

Se, para exemplificar, entram em colisão direitos fundamentais com outros direitos que não o sejam, a integração axiológica aconselha que se privilegiem aqueles, tanto e principalmente como partes do sistema jurídico (ordenamento jurídico) mais vinculadas à dignidade do indivíduo (também parte de um sistema, porém, agora, parte do sistema social, para não falarmos em um sistema mais amplo) quanto na condição de elementos ligados ao funcionamento tranqüilo do todo, quer dizer: o próprio sistema jurídico (em cujos fundamentos se postam), o sistema social (em cuja organização justa têm forte e basilar participação etc. Por outro lado, se o choque verificar-se entre direitos fundamentais de gerações distintas, a dignidade da parte sugere que o intérprete confira preponderância àquela geração que guarde maior compatibilidade com a matéria focalizada⁵.

Verifica-se a aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal quando este entende que em situação excepcional é possível a utilização de prova obtida ilicitamente quando for para beneficiar o réu. E considera inviável a utilização da prova obtida por meios ilícitos em prol da sociedade.

A utilização das provas obtidas por meios ilícitos à luz do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade seria possível no processo, quando

³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. ver. atual. até a emenda constitucional nº 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 284.

⁴ BULOS, Uadi Lammêgo, op. cit., 2003. p. 284.

⁵ FALCÃO, Raimundo Bezerra, op. cit., 2004. p. 226.

observadas cumulativamente a existência de situação excepcional, a extrema gravidade da situação, quando existir contraste de direitos fundamentais, e havendo autorização expressa da autoridade judicial competente.

5.1 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade remonta à Grécia antiga e ao período romano. Pode-se dizer que a idéia da proporcionalidade estava inserida na Lei de Talião, a qual enfatizava que uma agressão corresponderia a uma reação correspondente, precisamente semelhante.

A idéia de proporcionalidade está presente na evolução histórica do direito visando a assegurar justiça, como também resguardar os direitos fundamentais.

Vale esclarecer que, em 1791, o rei da Prússia, Friederich Wilhelmm, foi advertido de que o Estado apenas poderia limitar a liberdade dos indivíduos se fosse necessário para manutenção da liberdade e da segurança de todos, objetivando evitar os excessos do Estado⁶.

Interessante destacar que, no ano de 1971, em julgamento histórico, o Tribunal Constitucional da Alemanha Ocidental expõe a regra da proporcionalidade nos seguintes termos:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio adequado quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental⁷.

O princípio da proporcionalidade, segundo estudiosos do direito constitucional e dos demais ramos do direito, é necessário para o bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito⁸.

O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, também é chamado de “mandamento da proibição de excesso” (*Übermaßverbot*), haja vista que a

⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos ditor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p.61.

⁷ BverfGE 30, 316. Apud GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. cit. p.68.

⁸ Ibid., 1999. p.61.

intervenção pública precisa ser suscetível de alcançar a finalidade almejada, necessária ou imprescindível, quando não existir outra medida menos restritiva da esfera de liberdade dos cidadãos, ou seja, buscando meios mais suaves e moderados entre todos os meios possíveis para que aconteça um intervencionismo mínimo⁹.

Paulo Bonavides leciona que:

[...] o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estanho, pois, O Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade¹⁰.

O professor Marcelo Lima Guerra diz que as idéias de Paulo Bonavides em relação ao princípio da proporcionalidade merecem destaque, haja vista que ele entende que consistindo no ordenamento brasileiro, em norma de direito escrito, referido princípio “existe como norma esparsa no texto constitucional”, podendo ser observado em outros princípios que lhe são afins, entre os quais enfatiza, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo, em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão peculiar na fase última do Estado de Direito. Acrescenta que a idéia de Paulo Bonavides é que o princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional, entretanto, ainda não foi formulado como ‘norma jurídica global’, haja vista que advém em profundidade e extensão do art. 5º, §2º da Carta Magna de 1988, pois abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, sendo aqueles direitos e garantias em que o fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem a inviolabilidade da unidade da Constituição.¹¹

⁹ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p.85.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2003. p. 436.

¹¹ GUERRA, Marcelo Lima, op. cit., 2003. p.94.

O princípio da proporcionalidade não está expressamente inserido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Observa-se que este princípio advém do disposto no artigo 5º, §2º da Carta Magna de 1988, o qual preceitua que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios a ela inerentes.

A essência e destinação do princípio da proporcionalidade são a preservação dos direitos fundamentais. Objetiva o respeito aos direitos fundamentais das pessoas nas situações em que ocorra um relacionamento delas com o Estado, inclusive no campo processual.

A existência de conflito entre dois direitos fundamentais: à prova e o direito a não utilização das provas obtidas ilicitamente. O que poderá ser feito? Vale dizer que a conversa telefônica gravada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, por exemplo, é considerada válida em nosso ordenamento jurídico, pois não fora obtida ilicitamente. E o direito à prova encontra limites na legitimidade dos meios utilizados para obtê-la. Diante de conflito entre os direitos fundamentais faz-se necessário verificar se é o caso de aplicação do princípio da proporcionalidade¹².

O professor Willis Santiago Guerra refere-se ao princípio da proporcionalidade como “princípio dos princípios”, como sendo verdadeiro *principium* ordenador do direito. Acrescenta ainda que o princípio da proporcionalidade corresponde tanto a um direito quanto a uma garantia constitucional, haja vista que são necessários ao aperfeiçoamento do “sistema de proteção organizado pelos autores de nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana”¹³.

Larenz, citado por Marcelo José Magalhães Bonicio, expõe que o princípio da proporcionalidade, em sua formulação mais geral, é um “princípio aberto”, haja vista que não exige uma valoração adicional, ou seja, referido princípio não trata de “outra coisa senão da idéia da justa medida, do equilíbrio, que está indissociavelmente ligado à idéia de justiça”¹⁴.

¹² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, op. cit., 2007. p. 33.

¹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago, op. cit., 1999. p. 62.

¹⁴ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa:

Gisele Santos Fernandes Góes menciona que Robert Alexy afirmou que a proporcionalidade é regra e não princípio, visto que não está sujeita a ponderações¹⁵.

Importante informar que existem os subprincípios que integram o princípio da proporcionalidade:

a) adequação (*Geeignetheit*) ou conformidade: compreende a correspondência entre meio e finalidade;

b) exigibilidade (*Erforderlichkeit*) ou necessidade: refere-se à escolha do meio mais suave;

c) proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit im engeren sinne*): compreende que as vantagens da medida precisam superar os sacrifícios¹⁶.

O professor Willis Santiago Guerra Filho leciona que:

Os subprincípios da adequação e da exigibilidade ou indispensabilidade (*Erforderlichkeit*), por seu turno, determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, 'adequado'. Além disso, esse meio deve se mostrar 'exigível', o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais¹⁷.

Explica Valeschka e Silva Braga que, enquanto a necessidade e a adequação são observadas diante das possibilidades fáticas (*tatsächlichen Möglichkeiten*), a proporcionalidade em sentido estrito é analisada com base nas possibilidades jurídicas (*rechtlichen Möglichkeiten*), inclusive observando que a efetivação de um princípio não pode ocasionar o aniquilamento de outro. Interessante frisar que precisam ser analisados concomitantemente, haja vista que insatisfeito qualquer deles, a medida ou ato será desproporcional¹⁸.

Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 684. Apud BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. Coleção Atlas de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2006. p. 24.

¹⁵ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004. p.66.

¹⁶ BRAGA, Valeschka e Silva, op. cit., 2006. p.85.

¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago, op. cit., 1999. p.68.

¹⁸ BRAGA, Valeschka e Silva, op. cit., 2006. p.48.

Os subprincípios que integram o princípio da proporcionalidade foram desenvolvidos no intuito de evitar o excesso de abstração, haja vista que, com critérios mais objetivos para sua caracterização, é possível facilitar sua aplicabilidade.

5.2 Princípio da razoabilidade

A palavra razoável compreende a noção de prudência, ponderação, sapiência, tolerância, dentre outras.

O princípio da razoabilidade busca obedecer a critérios que sejam aceitáveis no âmbito racional, que estejam em conformidade com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que exercem na esfera da competência que lhe foi determinada¹⁹.

Interessante frisar que princípio da razoabilidade vem expressamente previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, com a Emenda Constitucional nº 45/2005, em relação aos prazos processuais.

Dispõe o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que:

Art. 5º. 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, nos termos seguintes:

[...]

LXXVII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Suzana de Toledo Barros expõe que a razoabilidade apresenta a idéia de “adequação, idoneidade, aceitabilidade, equidade, traduz tudo aquilo que não é absurdo, tão-somente o que é admissível. Razoabilidade tem, ainda, outros significados, como por exemplo, bom senso, prudência, moderação”²⁰.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p.97.

²⁰ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p.70.

A noção de razoabilidade engloba a idéia de consenso, haja vista a necessidade de um critério dentre as várias soluções possíveis que se aproximem do equilíbrio entre os valores em conflito²¹.

O princípio da proporcionalidade relaciona-se com a harmonia que precisa existir entre os princípios constitucionais, as normas e a sua aplicabilidade no caso a ser analisado.

Juan Francisco Linares, citado por Valeschka e Silva Braga, expõe que a idéia de razoabilidade remete a vários significados:

a) tecnicamente, fala-se em meios razoáveis para alcançar um fim. É dizer, se analisa uma certa adequação dos meios aos fins. Trata-se, pois, de uma razoabilidade técnica. b) Em axiologia jurídica, fala-se de razoabilidade quando se busca o fundamento dos valores específicos do complexo axiológico: solidariedade, cooperação, poder, paz, segurança, ordem, senão fala no valor de totalidade chamado justiça. A justiça é, assim, racionalizadora dos outros valores. Eles são razoáveis enquanto se fundam na justiça. c) Na Ciência do Direito, a razoabilidade se apresenta quando se busca a razão suficiente de uma conduta compartilhada. Essa razão pode ser de essência, quando a conduta numa norma jurídica: de existência, quando o fundamento é o mero fato em que o comportamento jurídico se dá; e de verdade, quando tem fundamento na justiça²².

A razoabilidade compreende um elemento moral de interpretação e justificação das escolhas dos intérpretes-aplicadores, já que estes devem buscar um razoável acolhimento de suas decisões, sendo que o seu desenvolvimento ocorreu devido ao processo de abertura das normas jurídicas, transformando referido princípio em uma das virtudes judiciais²³.

Germana de Oliveira Moraes, destacando o entendimento de John Bell, expõe que a irrazoabilidade desdobra-se em duas acepções: 1) a impertinência de elementos ou o esquecimento de outros elementos pertinentes pela autoridade decisória; 2) a irrazoabilidade em sentido estrito, sendo entendida como aquelas decisões que nenhuma autoridade racional decidiria daquela maneira²⁴.

²¹ MORAES, Germana de Oliveira, op. cit., 2004. p.87.

²² LINARES, Juan Francisco. Razonabilidad de las leyes. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1970, p. 108. Apud BRAGA, Valeschka e Silva, op. cit., 2006. p.47.

²³ BRAGA, Valeschka e Silva, op. cit., 2006. p.47.

²⁴ BELL, John. "Le juge administratif anglais est-il un juge politique?", Revue Internationale de Droit Comparé, n.3, jul.- set. 1986, p. 791 e seguintes. Apud MORAES, Germana de Oliveira, op. cit., 2004. p.87.

A razoabilidade serve como critério interpretativo e limitativo das atividades estatais, inclusive podendo ser aplicada em diversos ramos do direito, tais como: constitucional, processual, eleitoral e outros.

Importante esclarecer que Américo Plá Rodrigues, citado por Valeschka e Silva Braga, trata a razoabilidade como um princípio decorrente do devido processo legal, em que exige certo relacionamento substancial e razoável com a lei e a segurança, salubridade, moralidade, bem-estar, dentre outros, da população. Sendo chamado de regra do equilíbrio conveniente, precisamente *balance of convenience rule* ou racionalidade, consiste num limite *sui generis*, haja vista que seria um freio formal e elástico, ao mesmo tempo, dada a necessidade de abertura para que ocorra fecundação na aplicação do princípio²⁵.

5.3 Distinção entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade

O princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade apresentam alguns pontos de distinção que merecem serem destacados, visto que são dois princípios constitucionais com campo de atuação correlacionados e distintos.

O professor Régis Frota Araújo esclarece distinções em relação ao princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade:

[...] razoabilidade é um princípio negativo (capaz tão somente de tornar claro que dado ato administrativo não cumpre sua missão ou finalidade, ainda que absurdo ou arbitrário o mencionado ato) enquanto o princípio da proporcionalidade é uma norma-princípio positivo capaz de identificar-se como pressuposto da existência jurídico-constitucional de Direitos Fundamentais, o que não ocorre com o primeiro. No entanto, a polêmica doutrinária encontra-se longe de pacificar-se, no Brasil, seja dada a novidade que representa para nossa publicística o estudo destes princípios constitucionais, seja já em virtude da sutileza da distinção conceitual que motiva aos estudiosos a imputar, a uns e outros, posições nem sempre definitivamente deles na definição desta matéria²⁶.

O jurista Helenilson Cunha Pontes, citado pela Waleschka e Silva Braga, apresenta quatro diferenças entre a proporcionalidade e a razoabilidade:

²⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de direito do trabalho. 2ª tir. São Paulo: LTr, 1993, p. 251. Apud BRAGA, Valeschka e Silva, op. cit., 2006. p. 67.

²⁶ ARAÚJO, Régis Frota. O princípio constitucional da solidariedade nos sistemas constitucionais ibérico e brasileiro: uma tentativa de inserção epistemológica deste princípio na teoria geral dos direitos fundamentais. **Revista Ibero-Americana de Direito Constitucional Econômico**, Fortaleza, Ano I, nº 1, p. 51, abr. 2002.

a) pelo grau de motivação racional, haja vista que a proporcionalidade impõe “uma necessária fundamentação procedimental”, considerando que a decisão depende da obtenção dos juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, enquanto a razoabilidade apenas necessita da abstenção de conduta irracional, irrazoável e leva em consideração os interesses concretamente em jogo;

b) pelo conteúdo, pois a proporcionalidade enfatiza-se no exame da relação meio-fim, enquanto a razoabilidade apresenta como alicerce a motivação racional da medida, apreciando os interesses concretamente analisados;

c) quanto à natureza, pois compreende a razoabilidade como princípio geral de interpretação, afastando o intérprete da direção do irrazoável, enquanto a proporcionalidade, além de critério de interpretação, é um princípio jurídico material, oriundo do Estado de Direito, que engloba que sejam maximizadas as aspirações constitucionais;

d) pelas funções eficaciais, haja vista que a razoabilidade apenas bloqueia a concretização de medidas socialmente compreendidas como irrazoáveis, enquanto a proporcionalidade também visa à otimização da consumação dos interesses tutelados constitucionalmente²⁷.

Valeschka e Silva Braga expõem que o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade distingue-se pela origem, pelo fundamento, pelo conteúdo, pelos elementos, pelo âmbito de objetividade e pelas funções:

a) Quanto à origem, haja vista que a doutrina é unânime em afirmar que a nuance da razoabilidade é o *substantive due process of law* desenvolvido pela jurisprudência norte-americana, enquanto a proporcionalidade foi e está sendo aperfeiçoada pelo Tribunal Constitucional Alemão.

b) Pelo fundamento, pois a razoabilidade é decorrente do devido processo legal substantivo, enquanto a proporcionalidade é oriunda do Estado de Direito.

²⁷ PONTES, Helenilson Cunha. O princípio da proporcionalidade e o direito tributário. São Paulo: Dialética, 2000, p. 88-90. Apud BRAGA, Valeschka e Silva, op. cit., 2006. p. 122-123.

c) Pelo conteúdo, pois a proporcionalidade engloba a compatibilidade dos meios com os fins, enquanto a razoabilidade avalia precisamente a congruência dos motivos, pressupostos de fato, com a finalidade da medida.

d) Pelos elementos, haja vista que a racionalidade, como aspecto da razoabilidade, envolve circunstâncias pessoais compreendidas no caso concreto, o que não acontece com a proporcionalidade, em que a ponderação é decorrente mais das circunstâncias jurídicas abstratas envolvidas. Coincide a noção de racionalidade com os aspectos da adequação e necessidade da *proportionality*, sendo um dos elementos também pertencentes à razoabilidade, mas em esferas diferentes.

e) Pelo âmbito de objetividade, haja vista que os critérios de proporcionalidade são predefinidos, enquanto a razoabilidade apresenta conteúdo mais subjetivo, em que engloba a percepção do bom senso admitido pela comunidade, que acaba variando de acordo com os padrões do próprio intérprete.

f) Pelas funções, haja vista que na razoabilidade predomina a valoração dos atos emanados do Poder Público, para que estes não deixem de ser informados por justiça, bom senso e razão, em que se analisa se um interesse é ou não legítimo, não ocorrendo, efetivamente, um sopesamento entre direitos. Na proporcionalidade, o aplicador irar ponderar, inserir na balança dois interesses legítimos, para que eles venham a ser sopesados, para que seja analisado qual deles prevalecerá²⁸.

5.4 O princípio da proporcionalidade e as provas obtidas por meios ilícitos

Historicamente a discussão em relação à admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos tem gerado oscilações no ordenamento jurídico.

O impasse em relação à aplicação do princípio da proporcionalidade e sua preponderância diante do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas tem apresentado relevância no âmbito jurídico, na medida em que busca o sopesamento dos valores para se chegar à melhor solução possível, dentro dos ditames da justiça.

A imposição de limites ao direito à prova é necessária para assegurar o devido processo legal.

²⁸ BRAGA, Valeschka e Silva, op. cit., 2006. p. 124-127.

Interessante frisar o entendimento de Afrânio Silva Jardim em relação aos princípios fundamentais e a sua influência no processo penal:

A eleição por parte do sistema processual penal de um ou outro princípio dependerá do desenvolvimento político e social, dos valores éticos e democráticos cultuados pela sociedade. Por outro lado, sempre haverá uma posição de compromisso entre as idéias em choque, não encontrando, em sistema jurídico algum, a adoção pura e absoluta de um determinado princípio, pois o seu antitético tem sempre guardada como fato de mitigação do princípio prevalente. Vale dizer, o critério é mais de preponderância do que de exclusividade²⁹.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira salientam que existem opiniões que admitem a prova obtida ilicitamente como válida e eficaz no processo civil. Esclarecem referidos doutrinadores que predomina a corrente intermediária, que envolve o princípio da proporcionalidade, em que se sopesam, na interpretação da norma jurídica, os interesses e direitos em questão, buscando fornecer a solução concreta mais justa. E o desatendimento da referida compreensão não pode ser mais intenso nem ir além do que aponta o objetivo da medida a ser proferida contra o preceito a ser sacrificado³⁰.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho compreendem que, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, é possível a admissibilidade da prova obtida por meio ilícito em algumas situações excepcionais, baseando-se no equilíbrio entre os valores fundamentais contrastantes³¹.

O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos vem sendo atenuado com o objetivo de corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia conduzir em casos de excepcional gravidade³².

5.4.1 Princípio da proporcionalidade e a prova ilícita pro reo

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, com infringência a princípio ou normas constitucionais, vem sendo amenizada por outra corrente

²⁹ JARDIM, Afrânio Silva, op. cit., 2002. p.39.

³⁰ DIDIE JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Salvador/BA: Juspodivm, 2007. v. 2. p. 32.

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., 2001. p.136.

³² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., 2001. p.136.

doutrinária, que defende a eliminação de possíveis desequilíbrios gerados pela rigidez da exclusão destas provas, quando ocorrer situações de relevante gravidade³³.

A teoria da proporcionalidade tem aceitado as provas obtidas por meios ilícitos com excepcionalidade e diante de fatos de extrema gravidade, justificando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais oponentes.

Excepcionalmente, reconhece-se no processo penal a possibilidade da utilização de provas obtidas com violação a direitos fundamentais do réu ou de terceiros, desde que seja para favorecer o réu, fundamentando-se na teoria da proporcionalidade.

O Supremo Tribunal Federal entende que quando se trata de provas obtidas por meios ilícitos é possível sua utilização aplicando o princípio da proporcionalidade *pro reo*, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude, tendo em vista o princípio da inocência (STF, HC nº 74.678-SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª turma).

STF, HC nº 74.678-SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª turma. DJ 18-05-1997, p 37036. '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 conseqüência, lícita e, também conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). 'Habeas corpus' indeferido.

A prova ilícita *pro reo* é uma exceção considerada legítima, pois objetiva comprovar a inocência de um acusado.

Pode-se mencionar como exemplo o fato de uma interceptação telefônica clandestina que esclarece o verdadeiro autor da infração criminosa, quando havia sido apontado injustamente como sendo autor do crime um inocente.

No caso de o réu obter prova ilícita mediante interceptação telefônica não autorizada, fato que não condiz com o que está disposto na Constituição da

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., 2001. p.136.

República Federativa do Brasil de 1988 e na Lei nº 9.296/96, mas que era o único meio de ele provar a sua inocência. Diante dessa situação seria inconcebível que o acusado fosse condenado porque a verificação da sua inocência apenas poderia ser realizada por meio de prova obtida ilicitamente³⁴.

Torna-se prudente esclarecer a importância do limite na aplicação da teoria da proporcionalidade, sob pena de transgredir o princípio constitucional vedatório de uso processual das provas colhidas com ilicitude. Observa-se que não se pode conceber a regra da exclusão das provas ilícitas em âmbito absoluto.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não afasta bruscamente as tendências existentes, haja vista que os direitos e garantias fundamentais não podem ser compreendidos em sentido absoluto, pois encontram restrições advindas do princípio de sua convivência, que determina a interpretação harmônica e globalizante das liberdades constitucionais.

Pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade busca o equilíbrio entre os interesses sociais e o direito fundamental do indivíduo.

5.4.2 O princípio da proporcionalidade e as provas obtidas por meios ilícitos em prol da sociedade

A aplicação do princípio da proporcionalidade visando à utilização no processo das provas obtidas por meios ilícitos no intuito de favorecer a sociedade não está pacificada no Brasil.

Surge a indagação se é possível a utilização das provas obtidas por meios ilícitos *pro societate*?

Fernando Capez defende que o princípio da proporcionalidade também deve ser aplicado *pro societate* em relação às provas obtidas por meios ilícitos, pois o confronto existente não é entre o direito ao sigilo, de um lado, e o direito da acusação à prova, de outro lado. Entende ele que a prova, quando imprescindível,

³⁴ FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., 2007. p.93.

precisa ser aceita e admitida, mesmo sendo ilícita, por adoção do princípio da proporcionalidade, podendo ser empregada *pro reo* ou *pro societate*³⁵.

Explica o professor Francisco Gerson Marques de Lima que:

Às vezes a busca da verdade deve se sobrepor à intimidade; noutras a intimidade não pode ceder àquela. A investigação do tráfico organizado de entorpecentes, v.g., não pode ser subjugada pelo direito de intimidade o traficante, porque a atividade marginal traz ínsito o comprometimento à saúde e à vida de milhares de pessoas, na maioria jovens que perdem seu futuro no vício que os atormenta³⁶.

É preciso uma análise acurada no momento de sopesar princípios e valores para que não haja o comprometimento de lesão à ordem jurídica constitucional num Estado Democrático de Direito.

Expõe Fernando Capez que:

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, o sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando de seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, a qual seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se sirva para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, a qual ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não. Ressalvamos apenas a prática de tortura, a qual por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às próprias Constituições, jamais pode ser admitida, seja para que fim for³⁷.

O professor Fernando Capez destaca o acórdão do Supremo Tribunal Federal:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (STF, HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 de jun. 1994, p. 16649)³⁸.

Ana Núbia Silva de Lira defende a aplicação *pro societate* justificada na necessidade de fortalecimento da segurança pública, ameaçada pelo crime organizado nos grandes centros urbanos. Assim, quando acontecer conflito entre os

³⁵ CAPEZ, Fernando, op. cit., 2006. p.305.

³⁶ LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 192.

³⁷ CAPEZ, Fernando, op. cit., 2006. p. 305-306.

³⁸ CAPEZ, Fernando, op. cit., 2006. p. 306.

direitos fundamentais individuais do cidadão e o direito fundamental social à segurança pública, tendo em vista a ocorrência de um delito que gere conseqüências danosas para a sociedade, surge a discussão visando à aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate*³⁹.

Marcos Rauber, citado por João Freitas de Castro Chaves e Clarissa Marques da Cunha, defende que existe um “direito fundamental à proteção social”, que legitima a aplicação do princípio da proporcionalidade em defesa da coletividade. Inclusive expõe outros argumentos que justificam a aplicação *pro societate* como “o princípio implícito de concordância prática para a restrição de direitos fundamentais e a importância da busca da justiça”⁴⁰.

Asseveram João Freitas de Castro Chaves e Clarissa Marques da Cunha que a proposta de admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos com argumentação no princípio da proporcionalidade *pro societate* não pode ser suportada, pois representa “uma assertiva genérica e ao mesmo tempo estratégica de suporte à constante postura de castigo assumida na literatura e jurisprudência do processo penal”⁴¹.

A seara do direito processual precisa estar em consonância com a esfera dos direitos e garantias fundamentais inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, visando a evitar o surgimento de desequilíbrios entre esses direitos e garantias, para a manutenção da ordem jurídica.

O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente no processo visa a evitar que ocorra o desequilíbrio dos direitos e garantias constitucionais, portanto, seria macular a ordem constitucional a aplicação do princípio da proporcionalidade para legitimar provas obtidas ilicitamente em desfavor do réu.

³⁹ LIRA, Ana Núbia Silva de. Prova ilícita e o princípio da proporcionalidade *pro societate*. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo, v.4, n. 20, 2003, p.41.

⁴⁰ RAUBER, Marcos. A valoração de provas ilícitas no processo penal com base na aplicação do princípio da proporcionalidade. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, n. 16, 2001, p. 159-163. Apud CHAVES, João Freitas de Castro; CUNHA, Clarissa Marques. Princípio da proporcionalidade *pro societate* na gestão da prova ilícita: dilemas teóricos e usos cotidianos. **Revista IOB Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre: IOB Thomson, v. 7, n 41, dez./jan., 2007, p. 68.

⁴¹ *Ibid.*, 2007. p. 70.

Cumprido ressaltar que ainda não existe uma posição pacífica em relação à admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos quando esta for favorável à sociedade, mas se observa a aplicação do princípio da proporcionalidade *pro reo* em casos excepcionais, que justifiquem a aplicação de tal medida, tendo em vista que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVI, estabelece expressamente a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo.

5.5 O princípio da razoabilidade e as provas obtidas por meios ilícitos

A razoabilidade serve como critério interpretativo e limitativo das atividades estatais, podendo ser aplicada em diversos ramos do direito, tais como: constitucional e o processual, inclusive os relacionados às provas obtidas por meios ilícitos.

A razoabilidade, como decorrente do devido processo legal substantivo, neste enfoque precisa observar e avaliar a congruência dos motivos, pressupostos de fato, com a finalidade da medida, inclusive no âmbito das provas.

A razoabilidade engloba a percepção do bom senso, em que varia de acordo com os padrões do próprio intérprete, necessitando de uma análise acurada no momento de análise das provas.

Predomina na razoabilidade a valoração dos atos emanados do Poder Público, para que estes não deixem de ser envolvidos por justiça, bom senso e razão, em que se analisa se um interesse é ou não legítimo, não ocorrendo, efetivamente, um sopesamento entre direitos.

O professor Francisco Gerson Marques de Lima expõe que é possível a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade visando a orientar o legislador e o aplicador da norma a observar os casos de conflitos de valores e sopesar um em relação ao outro, objetivando esclarecer qual irá prevalecer, por exemplo, a intimidade ou a interceptação telefônica, sendo esta o único meio

possível de prova. E essa situação é resolvida com fundamento na prevalência do interesse maior do Estado em certas ocasiões⁴².

5.6 Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo – *exclusionary rule*

O legislador constituinte de 1988 consolidou o sistema constitucionalista ao admitir no artigo 5º LVI da Carta Magna de 1988 a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos.

A antiga posição jurisprudencial adotava o sistema legalista em que admitia a prova ilícita e ainda a considerava válida.

Luiz Flavio Gomes explica que *Exclusionary rule* consiste no desentranhamento da prova considerada ilícita dos autos do processo.⁴³

A prova considerada ilícita não poderá permanecer nos autos do processo, pois macula princípios constitucionais existentes no ordenamento jurídico, inclusive podendo influenciar o convencimento do julgador.

Caso o juiz competente para julgar o caso em concreto tenha acesso à prova considerada ilícita e esta prova veio a ser extraída dos autos, entende-se que esse magistrado não poderá julgar o caso, haja vista que referida prova pode ter influenciado intimamente o seu convencimento.

O sistema constitucional brasileiro direcionou para essa esfera apresentada pelos norte-americanos. Assim, a prova obtida ilicitamente (*illegally obtained evidence*), havendo manifestação do interessado (*motion do suppress*), deve ser desentranhada dos autos, haja vista a regra de exclusão (*exclusionary rule*)⁴⁴

Assim, a consequência da inadmissibilidade da prova ilícita consiste em sua exclusão dos autos do processo. A prova é retirada dos autos para que não influencie na decisão do julgador.

⁴² LIMA, Francisco Gerson Marques de, op. cit., 2002. p. 192.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio. Tendências jurisprudenciais penais. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (*exclusionary rule*). **Revista dos Tribunais**, nº 809, Ano 92, p. 471-484, mar. 2003.

⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. Tendências jurisprudenciais penais. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (*exclusionary rule*). **Revista dos Tribunais**, nº 809, Ano 92, p. 471-484, mar. 2003.

A prova obtida por meios ilícitos não pode continuar entranhada nos autos do processo, haja vista que pode o juiz apresentar sua decisão com fundamento na referida prova, que em regra é inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro, salvo exceção.

Luiz Flavio Gomes esclarece que a regra da exclusão da prova ilícita tem várias finalidades, que visam:

a) evitar buscas e apreensões desarrazoadas, b) os Tribunais não podem tornar-se cúmplices de uma deliberada infringência da Constituição, ainda que quando emana de quem jurou sua defesa (por exemplo: parlamentares), c) o povo tem que ter certeza de que a Justiça não obtém vantagem de uma atividade ilícita etc.⁴⁵

Vale informar que existem controvérsias em relação à extensão e aos limites da *exclusionary rule*, inclusive no direito norte-americano. No entanto, Luiz Flávio Gomes diz que verifica a *exclusionary rule* no acórdão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 80.420-9-RJ, que dispõe:

HC80420/RJ. Órgão Julgador: Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Relatora para Acórdão: Min. Ellen Gracie. Julgamento: 28 de junho de 2001. DJ 01/02/2002, pp 00084. EMENTA: Habeas Corpus. Formação de quadrilha visando à prática de crimes contra o INSS. Denúncia baseada, entre outros elementos, em provas coletadas por meio de busca e apreensão domiciliar ordenada por Comissão Parlamentar de Inquérito, em decisão não fundamentada, o que tem sido repelido por esta Corte (Mandados de Seguranças nºs 23.452, 23.454, 23.619 e 23.661, entre outros). Denúncia que aponta a materialidade do delito, bem como indícios de autoria fortemente demonstrados por outros documentos, testemunhos e elementos carreados pelo Ministério Público. Inépcia da peça acusatória não configurada. **Ordem concedida em parte, para o efeito de excluir os papéis que foram objeto da busca e apreensão irregular.** (grifou-se)

Interessante transcrever o Acórdão do Supremo Tribunal Federal que expressamente contém a expressão *exclusionary rule*:

HC82788/RJ. Órgão Julgador: Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento 12 de abril de 2005. Publicação: DJ, 02-06-2006, pp 00043. EMENTA: FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL – INADMISSIBILIDADE – ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVOLABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) – SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE ‘CASA’ – NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO

⁴⁵ Ibid., 2003. p. 476.

TRIBUTÁRIA – DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA – ‘HABEAS CORPUS’ DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – FISCALIZAÇÃO – PODERES – NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS. – Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. – A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, ‘respeitados os direitos individuais e nos termos da lei’(CF, art. 145, §1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia – que prepondera sobre todos os investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – CONCEITO DE “CASA” PARA EFEITO DE PROTEÇÃO COSTITUCIONAL – AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART.5º, XI). – Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, ‘embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita’ (NELSON HUNGRIA. Doutrina.Precedentes. – Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito (“invito domini”), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material.Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade(STF). – O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do ‘privilege du préalable’, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes. ILICITUDE DA PROVA-INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO(OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. – A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “due process of

law”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. **A ‘Exclusionary Rule’ consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI)), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas(CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material(ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do ‘male captum, bene retentum’. Doutrina. Precedentes. – A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. – Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros.**

Cumpra mencionar que uma das finalidades de considerável relevância da regra de exclusão das provas obtidas ilicitamente dos autos do processo é evitar que o julgador venha a ser influenciado em seu convencimento por provas indesejáveis e consideradas pelo ordenamento jurídico como inadmissíveis⁴⁶.

A prova obtida por meios ilícitos não poderá ficar nos autos do processo, pois poderá servir para o convencimento do juiz no momento de proferir sua decisão, vindo macular os direitos e garantias constitucionais e gerar desequilíbrio no ordenamento jurídico brasileiro.

E o juiz que teve acesso às provas obtidas ilicitamente não julgará a causa, para que não existam dúvidas em relação à fundamentação utilizada pelo juiz no momento de proferir a sentença.

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio, op. cit., 2003. p. 476.

O Brasil adotou a posição dos norte-americanos, conseqüentemente, ocorrendo provocação do interessado, a prova obtida ilicitamente deve ser desentranhada dos autos, tendo em vista a regra de exclusão (*exclusionary rule*)⁴⁷.

O desentranhamento da prova obtida ilicitamente dos autos do processo é que previne alguma influência indesejável que poderia ocasionar se referida prova continuasse presente nos autos.

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio, op. cit., 2003. p. 476.

6 TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO OU CASUAL DE PROVAS

Na linha das discussões referentes à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos pode-se assestar a teoria do encontro fortuito ou casual de provas como sendo uma das hipóteses de aplicação do princípio¹.

Eugênio Pacelli de Oliveira ensina que “fala-se em encontro fortuito quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir da busca regularmente autorizada para a investigação de outro crime”².

A teoria do encontro fortuito serve para fundamentar a aplicação de medidas cautelatórias visando à proteção do direito à intimidade e/ou privacidade, no intuito de tolher o incentivo à prática do abuso de autoridade³.

Luiz Flávio Gomes explica em relação à teoria do encontro fortuito que:

Da decisão judicial que determina a interceptação telefônica sobressaem, dentre outros, dois requisitos, ambos previstos no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96: a) descrição com clareza da situação objeto da investigação; b) indicação e qualificação dos investigados (dos sujeitos passivos). Fala-se em parte objetiva (fática) e subjetiva da medida cautelar. A lei, com inteira razão, preocupou-se com a correta individualização do fato objeto da persecução, assim como com a pessoa a ser investigada. Mas no curso da captação da comunicação telefônica podem surgir outros fatos penalmente relevantes, distintos da ‘situação objeto da investigação’. Esses fatos podem envolver o investigado ou outras pessoas. De outro lado, podem aparecer outros envolvidos, com o mesmo fato investigado ou com outros fatos, diferentes do que motivou a decretação da interceptação. Estamos diante do que a doutrina denomina de ‘encontro fortuito’ (‘hallazgos fortuitos’) ou ‘descubrimientos accidentales’ ou, como se diz na Alemanha, ‘Zufallsfunden’⁴.

¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. 3 tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 362.

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, op. cit., 2004. p.362.

³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, op. cit., 2004. p.363.

⁴ CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.); GOMES, Luiz Flávio. **Direito Constitucional: leituras Complementares. Provas ilícitas e presunção de inocência**. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 209.

O encontro fortuito de provas compreende a descoberta de prova de uma infração penal a partir da investigação regularmente autorizada de outro crime, que não apresenta conexão com aquele.

6.1 Teoria do encontro fortuito e a validade da prova

A discussão referente à teoria do encontro fortuito diz respeito à validade da prova, em que surge a indagação: o meio probatório conquistado com a interceptação telefônica pode ser utilizado para fatos ou pessoas encontradas fortuitamente?

No direito alemão (StPO, parágrafo 100), conforme jurisprudência do Tribunal Supremo, a prova que for alcançada dessa maneira tem valor jurídico, quando “o fato encontrado fortuitamente tenha conexão com algum dos crimes que autorizam a interceptação telefônica”. Inclusive não sendo necessário que apresente conexão com o crime investigado, apenas com algum dos crimes referidos no rol do dispositivo legal⁵.

O professor Luiz Flávio Gomes esclarece que o critério da conexão é válido em nosso “*ius positum*”. Devido às peculiaridades do nosso direito é possível falar em conexão e continência. No direito brasileiro observa-se a distinção entre conexão e continência nos artigos 76 e 77 do Código de Processo Penal⁶. Quando o fato objeto

⁵ Ibid., 2006. p. 210.

⁶ Art. 76 do Código de Processo Penal Brasileiro. A competência será determinada pela conexão: I- se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; II – se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Art. 77 do Código de Processo Penal Brasileiro. A competência será determinada pela continência quando: I- duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração; II – no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, §1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.

Os artigos do Código Penal referidos no artigo acima são anteriores à reforma determinada pela Lei nº 7.209/1984. V. arts. 70, 73, segunda parte, e 74, segunda parte, da nova Parte geral do Código Penal.

Concurso Formal. Art. 70 do Código Penal Brasileiro, caput. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso de 1/6 (um sexto) até 1/2 (metade). As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Erro na execução. Art. 73 do Código Penal Brasileiro. Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no §3º do art. 20 de deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

do “encontro fortuito” for conexo ou apresentar relação de continência (concurso formal) com o fato investigado, a interceptação telefônica é válida como meio probatório, inclusive, em relação ao fato extra descoberto, desde que se refira à infração em que se admita interceptação, que trata o artigo 2º, inciso III da Lei nº 9.296/96⁷. Exemplifica o professor Luiz Flávio Gomes que:

Autorização dada para a investigação de um tráfico de entorpecentes; descobre-se fortuitamente um homicídio, em conexão teleológica. De outra parte, se se descobre o envolvimento de outra pessoa no crime investigado (de tal forma a caracterizar a continência do art. 77), também é válido tal meio probatório. Nessas duas hipóteses, em suma, a transcrição final da captação feita vale legitimamente como meio probatório e serve para afetar (‘enervar’) o princípio da presunção de inocência⁸.

Ressalta Luiz Flávio Gomes que:

De outro lado, não vale a interceptação telefônica como meio probatório: a) seja em relação ao encontro de fato não conexo; b) seja quanto a fatos cometidos por terceiras pessoas, sem nenhuma relação de continência com o investigado. A terceira pessoa pode ser tanto quem se comunicou com o investigado quanto quem utilizou a linha telefônica, embora não fosse o investigado. Esse encontro fortuito vale como uma ‘notitia criminis’. É inadmissível como meio probatório, por se tratar de prova ilícita. Providências novas e independentes, em consequência, podem (muitas vezes devem) ser tomadas. É fundamental que o juiz seja de imediato cientificado. E se for o caso de abertura de uma nova investigação, urge a formulação do pedido respectivo, para que o juiz possa aferir sua competência, proporcionalidade, pertinência de uma nova interceptação telefônica etc. Se se trata de crime permanente, pode haver prisão em flagrante. Não se trata de prova ilícita ou prova ilícita derivada. De se observar que a origem da descoberta (fortuita) está dentro de uma interceptação lícita. Por isso, o encontro fortuito vale como uma legítima ‘notitia criminis’⁹.

A teoria do encontro fortuito não poderá servir de argumento quando se referir à prova obtida ilicitamente, haja vista que essa prova feriria direitos e garantias do indivíduo.

Resultado diverso do pretendido. Art. 74 do Código Penal Brasileiro. Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

⁷ Ibid., 2006. p. 210:

⁸ Ibid., 2006. p. 210.

⁹ Ibid., 2006. p. 211.

7 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, GRAVAÇÕES CLANDESTINAS, INTERCEPTAÇÕES AMBIENTAIS E O PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

Com os avanços tecnológicos ampliando as formas de comunicação entre as pessoas, surgiu a necessidade de o legislador focalizar sua atenção para cuidar da proteção dos direitos e garantias individuais, estabelecendo normas que visem a organizar as formas de comunicação, para que não ocorra violação do direito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

A utilização de meios eletrônicos para conhecer ou documentar o conteúdo de conversações telefônicas ou entre pessoas presentes é muito difundida e comumente usada na sociedade, assim buscando solucionar conflitos que porventura surgissem, o legislador resolveu tratar do assunto.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso XII, assim dispõe em relação à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas:

Art.5º. Omissis.

[...]

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.

Posteriormente, veio a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, regulamentando a parte final do inciso acima transcrito, que trata da interceptação telefônica.

A palavra interceptação tem o sentido de inferência, com o intuito de colheita de informação.

Guilherme de Sousa Nucci explica que:

Em sentido estrito, interceptar algo significaria 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-se em comunicação alheia. Portanto, interceptação tem o significado de interferência, com o fito de colheita de informes.¹

A concepção de interceptação como meio de obtenção de prova conduz a uma reflexão em relação à técnica e ao meio de prova que se quer perquirir.

Os meios de obtenção de prova precisam ser legais, não bastam que estejam previstos como possíveis de utilização, pois necessitam obedecer aos pressupostos legais, atendendo ao princípio da legalidade.

Interessante o entendimento que Manuel Monteiro Guedes Valente apresenta em relação ao assunto à luz do princípio da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade *stricto sensu* consigna, por seu turno, que a solicitação ou a decisão de autorização ou de ordem de realização das escutas telefônicas emirja, como meio legal de investigação que afecta, directa e indirectamente, direitos fundamentais do cidadão suspeito e do cidadão terceiro, de uma justa e proporcional ponderação entre o meio em si mesmo e os fins almejados, i. é, terá de se verificar uma proporcionalidade quanto às finalidades do processo sub *judice* – quer de prevenção quer de investigação criminal – e quanto à gravidade do crime em investigação ou a investigar. Pressupostos estes de verificação cumulativa².

A realização da justiça e a descoberta da verdade precisam estar em consonância com o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais para que não ocorra o enfraquecimento do Estado Democrático de Direito.

As interceptações servem como meio de prova no processo, desde que sejam colhidas de maneira lícita, visando à proteção dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Vale ressaltar alguns Acórdãos do Supremo Tribunal Federal relacionado ao assunto interceptação das provas consideradas ilícitas:

RHC 85575/ SP- Recurso em Habeas Corpus. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 28/03/2006. DJ 16-03-2007 PP-00043. Ementa: RECURSO EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE.

¹ NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código de Processo Penal comentado**. 6. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Escutas telefônicas**. Coimbra: Almedina, 2004. p.55.

PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. Persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitos as provas derivadas da interceptação. Precedente. Recurso a que se nega provimento.

HC 80948/ ES – Habeas Corpus. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Relator: Min. Néri da Silveira. Julgamento: 07/08/2001. DJ 19-12-2001 PP-00004. Ementa: Habeas Corpus. 2. Notícia criminis originária de representação formulada por Deputado Federal com base em degravação de conversa telefônica. 3. Obtenção de provas por meio ilícito, art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a gravação clandestina de conversa telefonia que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado. 5. À vista dos fatos noticiados na representação, o Ministério Público Federal poderá proceder à apuração criminal, respeitados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. 6. Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento de prova ilícita.

HC 80949/ RJ – HABEAS CORPUS. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 30/10/2001. DJ 14-12-2001 PP-00026. EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1 Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art.5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade penal da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de ‘conversa informal’ do indiciado com policiais. 3. Ilícitude decorrente – quando não devida da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita ‘conversa informal’, modalidade de ‘interrogatório’ subreptício, o qual além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C. Pr. Pen., art. 6º,V)-, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação – Nemo tenetur se detegere-, ergindo em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C. Pr. Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta de advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informal” gravada clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores – cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito – mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se

compreende no âmbito a garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina – ainda quanto livre de seu assentimento nela – em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incidível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido.

Maurício Zanoide de Moraes cita um julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Justiça que trata do assunto deste capítulo:

A prova fica condicionada, qualquer que seja o objeto, à licitude e moralidade do meio. A gravação de conversa, obtida sem que a outra parte envolvida tenha tido conhecimento, não poderá se constituir meio de prova, nos termos do art. 332 do Código de Processo Civil, visto que se configura ilícita e imoral. Agravo ao qual se nega provimento. (TJRJ-18ª Câmara. Civ. – Acv 3.133/99 – Rel. Binato de Castro –RDTJRJ 44/242).³

7.1 Espécies de interceptações

A interceptação, em sentido amplo, significa a captação da comunicação entre duas pessoas, executada por terceiro, apresentando algumas distinções, haja vista as diferentes modalidades de captação eletrônica das provas, que são:

- a) interceptação telefônica *stricto sensu*;
- b) interceptação telefônica conhecida por um dos interlocutores, ou escuta telefônica;
- c) interceptação de conversa entre presentes, ou interceptação ambiental;
- d) interceptação da conversa entre presentes conhecida por um dos interlocutores, ou escuta ambiental;

³ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Leis especiais e sua interpretação jurisprudencial. Interceptação telefônica (Lei nº 9.296/96)**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 1777.

e) gravação da própria conversa telefônica, ou gravação clandestina; e

f) gravação de conversa pessoal e direta, entre presentes, ou gravação clandestina ambiental.

Importante frisar que as gravações clandestinas podem ser feitas por meio de telefone (gravações clandestinas propriamente ditas) ou então entre presentes (gravações ambientais).

A interceptação telefônica *lato sensu* compreende a atividade de um terceiro que detém na passagem a conversação desenvolvida entre dois interlocutores, enquanto as gravações clandestinas consistem em registros de conversas obtidas por um dos interlocutores.

Distinguem-se, *lato sensu*, as interceptações das escutas, porque nestas ocorre o consentimento de um dos interlocutores telefônicos.

A interceptação telefônica em sentido estrito significa a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o consentimento dos interlocutores. É o chamado “grampeamento”.

As interceptações telefônicas, propriamente ditas, ou interceptações *stricto sensu*, diferenciam-se das interceptações ambientais, pois estas se realizam em relação a uma conversa entre presentes, sem interferência dos aparatos telefônicos.

Entende-se por interceptação ambiental ou interceptação entre presentes uma captação subreptícia da conversa entre pessoas presentes, quando efetuada por um terceiro, dentro do ambiente em que se situam os interlocutores, com o desconhecimento destes.

Cumprе esclarecer que a interceptação de comunicações telefônicas foi regulamentada pela Lei nº 9.296/96, e a interceptação ambiental está prevista na Lei nº 10.217/2001.

Vale salientar que dependem de ordem judicial as interceptações de comunicações telefônicas e as interceptações ambientais, além da necessidade de preenchimento dos requisitos previstos nas leis.

7.2 Reflexões em relação à Lei nº 9.296/96

A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, foi editada para regulamentar o inciso XII, parte final, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A referida lei determina que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal ou em instrução penal, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. Consagra, também, a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

A lei supramencionada vedou a realização de interceptação de comunicações telefônicas quando não existir indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal ou, então, for possível a prova ser colhida por outros meios disponíveis, considerando necessária a presença do *fumus boni iuris*, pressuposto determinante para todas as medidas de natureza cautelar.

Cumprido esclarecer que somente será possível a admissão da interceptação quando o fato investigado consistir em infração penal punida com pena de reclusão.

As interceptações das comunicações telefônicas podem ser determinadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento da autoridade policial, quando se tratar de investigação criminal, ou do representante do Ministério Público, tanto na investigação criminal, quanto na instrução processual penal.

O juiz terá o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para decidir sobre o pedido de interceptação de comunicação telefônica, inclusive informar em sua decisão a maneira como será realizada a diligência, que não poderá exceder o prazo de 15 dias, podendo ser renovado por igual período, desde que comprovada à indispensabilidade do meio de prova. Ocorrerá autuação em autos apartados, objetivando a preservação do sigilo das diligências, gravações e transcrições.

Interessante frisar que, após a edição da lei, surge a discussão acerca da possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, haja vista que sua ementa menciona apenas a regulamentação do inciso XVI, parte final, do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Alguns doutrinadores, como Damásio Evangelista de Jesus, Luiz Flávio Gomes, Alexandre de Moraes e Guilherme de Sousa Nucci, entendem que não existe inconstitucionalidade no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96 ao ampliar a interceptação aos sistemas de informática e telemática, entretanto, ainda existem divergências sobre o assunto.

Guilherme de Sousa Nucci expõe que:

Nenhum direito é absoluto, motivo pelo qual sustentamos a viabilidade da interceptação de correspondência, seguindo-se o disposto no Código de Processo Penal, bem como a interceptação telefônica e de dados em geral, abrangendo os sistemas de informática e telemática (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96).⁴

Vicente Grego Filho apresenta posicionamento contrário, entendendo que é inconstitucional o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296/96, lecionando que:

A conclusão é a de que a Constituição autoriza, nos casos nela previstos, somente a interceptação de comunicações telefônicas e não a de dados e muito menos as telegráficas (aliás, seria absurdo pensar na interceptação destas, considerando-se serem os interlocutores entidades públicas e análogas à correspondência). Daí decorre, em nosso entendimento, é inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da lei comentada, porque não poderia estender a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.⁵

O questionamento existente sobre a possibilidade destes meios de prova e sobre sua licitude, desde que realizado após a edição da lei, não contempla efeito retroativo.

Diante do exposto, observa-se que esta lei tem por objetivo solucionar as divergências existentes por ocasião da apuração do crime e da descoberta da autoria, quando for necessária a interceptação telefônica, entretanto apresenta questionamentos doutrinários em relação ao âmbito de amplitude.

⁴ NUCCI, Guilherme de Sousa. **Leis penais e processuais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 344.

⁵ GREGO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica – Considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, 2 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 18-19.

8 CONCLUSÃO

O princípio da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos vem previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no artigo 5º, inciso LVI, ao dispor que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*, como sendo um direito fundamental da pessoa humana.

Com a vigência da Carta Magna de 1988, pode-se afirmar que são inadmissíveis no processo tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as provas ilícitas, colhidas com violação a normas de direito material.

Considera-se prova obtida por meios ilícitos uma das espécies de prova vedadas em que se observa violação às normas ou princípios de direito material, portanto, a expressão vedação já indica inadmissibilidade no processo. Assim, a prova é considerada ilícita quando for obtida com inobservância de preceitos de direito material.

A prova obtida ilicitamente não apresenta idoneidade jurídica para convencer o julgador ao sentenciar, motivo pelo qual deve ser desprezada, para não causar prejuízo na apuração da verdade, objetivando assim o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

As provas obtidas por meios ilícitos não podem ser utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro, salvo em casos excepcionais, em que, ao se analisar os princípios conflitantes, verifica-se a necessidade da preponderância de um deles em relação ao outro.

Os direitos e garantias fundamentais não podem ser compreendidos em sentido absoluto, pois encontram restrições advindas do princípio de sua convivência, que determina a interpretação harmônica e globalizante das liberdades constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal compreende que a prova com violação a direitos fundamentais do réu ou de terceiros pode ser utilizada quando for aplicada para favorecer o réu, e que se justifique na teoria da proporcionalidade.

Excepcionalmente, a teoria da proporcionalidade tem aceitado as provas obtidas ilicitamente quando ocorrer fatos de extrema gravidade, que justifiquem o equilíbrio entre os valores fundamentais oponentes, visando a favorecer o réu, haja vista o princípio da não culpabilidade.

Importante dizer que a teoria da proporcionalidade encontra limite, haja vista que não pode sem motivo plausível se sobrepor ao princípio da inadmissibilidade das provas colhidas por meios ilícitos.

Interessante frisar que existe indagação em relação à admissibilidade de prova considerada ilícita para favorecer a sociedade à luz do princípio da proporcionalidade e do princípio da razoabilidade.

A doutrina e a jurisprudência não têm uma posição pacífica em relação à possibilidade de, ao invocar o princípio da proporcionalidade, a prova obtida por meios ilícitos ser considerada em prol da sociedade.

Vale destacar que a regra é o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, pois visa a garantir o respeito às normas de direito material, sejam as que estão inseridas no Texto Constitucional de 1988 ou em leis infraconstitucionais.

O princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade são necessários para o bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito.

A utilização das provas obtidas por meios ilícitos à luz do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade será possível no processo quando observadas cumulativamente: a existência de situação excepcional; a extrema gravidade da situação; a existência de contraste de direitos fundamentais; e a autorização expressa da autoridade judicial competente.

A teoria do encontro fortuito não poderá servir de argumento quando se referir à prova obtida ilicitamente, haja vista que essa prova feriria direitos e garantias do indivíduo.

A doutrina e a jurisprudência direcionaram para a teoria da árvore dos frutos envenenados apresentada pelos norte-americanos, a qual não aceita a prova derivada a partir de uma prova considerada ilícita.

A posição majoritária do Supremo Tribunal Federal compreende que a prova ilícita originária contamina as demais provas dela derivadas, em face da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Cumprido esclarecer que a doutrina norte-americana tende a ponderar em relação à teoria dos frutos da árvore envenenada quando ocorre: a) a limitação da fonte independente, em que a obtenção da prova não está relacionada diretamente com a ilegalidade que fora praticado; b) a limitação da descoberta inevitável, em que o órgão julgador compreende que conseguiria a prova por meio lícito, pois faria uma abstração da ilegalidade que fora praticado; c) a limitação da descontaminação, pois a prova sendo obtida por meio ilícito, o vício poderá ser convalidado, quando ocorrer um acontecimento posterior, como no caso de confissão espontânea da parte, em que o comportamento desta está sendo investigado.

No intuito de manter o equilíbrio do ordenamento jurídico brasileiro é prudente que a prova obtida ilicitamente seja desentranhada dos autos, havendo manifestação do interessado, em observância à regra de exclusão.

Caso o juiz competente para proferir a decisão tenha acesso às provas obtidas por meios ilícitos, seria coerente que fosse designado outro juiz para proferir o feito, pois referidas provas poderiam influenciar no convencimento do juiz.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAÚJO, Regis Frota. O princípio constitucional da solidariedade nos sistemas constitucionais ibérico e brasileiro: uma tentativa de inserção epistemológica deste princípio na teoria geral dos direitos fundamentais. **Revista Ibero-Americana de Direito Constitucional Econômico**, Fortaleza, Ano I, nº 1, p. 51, abr. 2002.

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

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de processo penal**. 2 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. Coleção Atlas de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2006.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 1.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Direito constitucional à prova no processo civil**. Coleção: Temas atuais de direito processual civil. Volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

CHAVES, João Freitas de Castro; CUNHA, Clarissa Marques. Princípio da proporcionalidade pro societate na gestão da prova ilícita: dilemas teóricos e usos cotidianos. **Revista IOB Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre: IOB Thomson, v. 7, n. 41, dez./jan. 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2007. v 2.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Leis especiais e sua interpretação jurisprudencial. Interceptação telefônica (Lei nº 9.296/96)**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

GOMES, Luiz Flávio. Provas ilícitas e presunção de inocência. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Direito constitucional: leituras complementares**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Tendências jurisprudenciais penais**. Prova ilícita: direito à exclusão dos Autos do Processo (*exclusionary rule*). Revista dos Tribunais, Ano 92, v. 809, p. 471 – 484, mar. 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GREGO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica – Considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996**. 2 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Rodrigo Pereira de. **Provas ilícitas e sua interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direitos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. Coleção temas jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código de processo penal comentado**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Leis penais e processuais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PALMA, Maria Fernanda; MENDES, Paulo de Sousa. **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais. As proibições de prova no processo penal.** Coimbra: Almedina, 2004.

PIERANGELI, José Henrique; ORDEIG, Enrique Gimbernat; GOMES, Luiz Flávio; KUEHNE, Maurício. **Direito criminal.** Coleção Jus Aeternum. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. v. 6.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal:** teoria e interpretação dos tribunais superiores. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Lumen Júris, 2005.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHMITT, Ricardo Augusto; CUNHA, Rogério Sanches. **Princípios penais constitucionais.** Introdução: uma breve síntese dos postulados constitucionais. Salvador: Juspodivm, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 18. ed. Rio de Janeiro: Campanha Forense, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Escutas telefônicas.** Coimbra: Almedina, 2004.

Nome do arquivo: UFC DISSERTAÇÃO LEILIANE WENZEL
Diretório: C:\Users\Leiliane Wenzel\Documents
Modelo: C:\Users\Leiliane
Wenzel\AppData\Roaming\Microsoft\Modelos\Normal.dotm
Título: Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios
ilícitos
Assunto:
Autor: Leiliane Wenzel_Tel:(85) 3348-1080 / 9998-4136
Palavras-chave:
Comentários:
Data de criação: 17/01/2008 08:14:00
Número de alterações: 2
Última gravação: 17/01/2008 08:14:00
Salvo por: Leiliane Wenzel
Tempo total de edição: 1 Minuto
Última impressão: 17/01/2008 22:39:00
Como a última impressão
Número de páginas: 105
Número de palavras: 29.684 (aprox.)
Número de caracteres: 167.419 (aprox.)