

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO

ANA IRIA CARNEIRO DE MATOS

**O ALCANCE DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS PROVAS
ILÍCITAS NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL**

FORTALEZA
2006

ANA IRIA CARNEIRO DE MATOS

**O ALCANCE DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS PROVAS
ILÍCITAS NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, orientada pela Prof.^a Ana Karine de Albuquerque Alves.

FORTALEZA
2006

AGRADECIMENTOS

A Deus, presença constante em minha vida.

À minha mãe, Maria Fátima Carneiro Araújo, que personifica como ninguém as palavras dedicação e amor.

Ao meu noivo, Rafael Lima Linhares, pela paciência, amor, amparo e incentivo em todos os projetos, em especial no sonho do curso de Direito.

À minha irmã, Ana Karla Carneiro de Matos Soares, de quem extraio a verdadeira amizade e para quem reservo inestimável apreço, profundo carinho e enorme afeto.

Ao meu irmão, Manoel Messias Araújo Neto, cuja bondade Deus fez infinita.

Ao Promotor de Justiça Guilherme de Lima Soares, pelo inestimável e importante apoio ao longo desta caminhada.

À Professora Ana Karine de Albuquerque Alves, pela presteza com que sempre me atendeu nas diversas solicitações.

Aos grandes e verdadeiros amigos que tive o prazer de conquistar nesta Universidade: Maria Emanuele Alves Pinheiro, Mirela Costa Miranda, Rafael Sampaio Rocha e Renata Gomes Nogueira Rocha.

Aos especiais amigos cultivados desde os tempos do Colégio Farias Brito.

Aos amigos da 10ª Criminal e da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, em especial ao Dr. Paulo de Tarso Pires Nogueira, magistrado de ímpar sapiência, pelos ensinamentos, apoio e confiança sempre.

“De nada valem os mandamentos dos deuses para os que não têm fé, como de nada valem as proclamações de direitos para os que não têm a consciência do dever”.

J.J. Calmon de Passos.

RESUMO

Trata de estudo acerca do alcance da vedação constitucional às provas ilícitas no âmbito do processo penal. Discute se o preceito constitucional inserido no art. 5º, LVI da Constituição Federal deve ser interpretado de forma absoluta ou comporta algum abrandamento. Traça os conceitos de prova ilegal, da qual deriva as espécies prova ilegítima e prova ilícita. Retrata os princípios informadores da teoria das provas e aplicáveis ao estudo das provas ilícitas. Preconiza que a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade. Aborda a questão das provas ilícitas por derivação, dando enfoque especial à Teoria da Árvore com Frutos Envenenados. Relata as conseqüências da utilização das provas ilícitas no processo penal.

Palavras-chaves: Vedação Constitucional. Provas ilícitas. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACTS

It deals with study concerning the reach of the constitutional prohibition to the illicit tests in the scope of the criminal proceeding. The inserted constitutional rule in art argues if. 5^o, LVI of the Federal Constitution must be interpreted of absolute form or holds some abrandamento. It traces the concepts of illegal test, of which drift the species proves illegitimate and illicit test. It portraies the informative principles of the theory of the applicable tests and to the study of the illicit tests. It praises that the constitutional rules that prohibition the use in the process of test gotten for illicit way must be analyzed to the light of the principle of the proportionality. It approaches the question of the illicit tests for derivation, giving special approach to the Theory of the Tree with Poisoned Fruits. It tells the consequences of the use of the illicit tests in the criminal proceeding.

Keywords: Constitutional prohibition. Illicit tests. Principle of the proportionality.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	7
2..TEORIA GERAL DA PROVA	
2.1.Conceito, finalidade, objeto e meios de prova.....	10
2.2.Sistema de avaliação das provas.....	13
2.3. Direito à prova e seus limites.....	16
3.PROVA ILEGAL (OU PROIBIDA) E SUAS ESPÉCIES: PROVA ILEGÍTIMA E ILÍCITA.....	18
4. PRINCÍPIOS INFORMADORES DA TEORIA DAS PROVAS E APLICÁVEIS AO ESTUDO DAS PROVAS ILÍCITAS.	
4.1.Princípio do livre convencimento motivado.....	21
4.2.Princípio da busca da verdade material.....	21
4.3. Princípio da liberdade probatória.....	26
4.4.Princípio da vedação à prova ilícita.....	27
5.VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS PROVAS ILÍCITAS- ART. 5º, LVI.....	30
5.1.Princípio da Proporcionalidade.....	30
5.2.Princípio da proporcionalidade e prova ilícita pro reo.....	35
5.3.Princípio da Proporcionalidade e prova ilícita pro societate.....	38
6.PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO.....	42
6.1. Teoria dos frutos da árvore envenenada.....	43
7.A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA UTILIZAÇÃO.....	49
8.CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
9.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico, com efeito, está voltado para o exame crítico da aplicabilidade intransigente do preceito constitucional insculpido no art. 5º, LVI da Constituição Federal de 1988, que estabelece:

"São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Diante do ora expandido, faz-se necessário um estudo aprofundado sobre o referido tema, já que, analisando-se superficialmente o supra mencionado dispositivo constitucional, não parece ele estabelecer exceções a esta regra geral acerca da inadmissibilidade da produção de tais provas e seu conseqüente ingresso ao processo, porém, há dissenso na doutrina e jurisprudência pátrias acerca de tal questão.

Incumbe examinar, no momento, o tema à luz do processo penal, tendo em vista que a discussão acerca da admissibilidade ou não da prova obtida por meios ilícitos no Direito Adjetivo Repressor torna-se latente nos dias atuais, sobretudo em função do choque entre garantias individuais do cidadão frente aos arbítrios de um Estado despreparado para combater as formas mais simples de criminalidade, que dirá da criminalidade mais violenta, que desconhece qualquer limite e coloca em risco a própria sociedade.

Assim sendo, uma questão, de plano, se impõe:

- Essa vedação constitucional às provas ilícitas na seara processualística criminal deve ser interpretada de forma absoluta ou possibilita algum grau de abrandamento?

A inadmissibilidade externada no comando insculpido no art. 5º, inciso LVI, da Carta Magna Federal não pode, como quase tudo, ser interpretada sumariamente e de forma peremptória.

Como se verá, correntes doutrinárias e alguns julgados passaram a indicar a necessidade de se fazer uma interpretação sistemática do sobredito preceito constitucional, colocando-o em consonância com outros princípios constitucionais que também incidam no caso concreto, visando compatibilizar os direitos fundamentais em conflito.

A fim de orientar a exposição do tema, serão apresentados conceitos gerais relativos à prova, de modo a delimitar sua definição, sua finalidade, objeto e meios de obtenção.

Em seguida serão apresentados os sistemas de avaliação de provas, dando especial atenção ao sistema do livre convencimento motivado.

Objetiva-se, *a posteriori*, estabelecer a diferenciação entre prova ilegal, prova ilegítima e prova ilícita.

Pretende-se, ainda, traçar os contornos dos princípios informadores da teoria das provas e aplicáveis ao estudo das provas ilícitas.

Por fim, será abordada a questão das provas ilícitas por derivação, dando enfoque especial à Teoria da Árvore com Frutos Envenenados (*fruits of poisonous tree*), segundo a qual uma prova ilícita originária ou inicial teria o condão de contaminar as demais provas decorrentes (ilicitude por derivação), estabelecendo, por fim, sua adoção no sistema jurídico brasileiro e sua delimitação no direito norte americano, de onde é originária.

Pelas razões acima expostas, o ponto central desta pesquisa acadêmica será o alcance da vedação constitucional às provas ilícitas no âmbito do processo penal, através da apresentação das posições doutrinárias e jurisprudenciais, sob o prisma do choque de direitos fundamentais, apresentando, como ponto de equilíbrio, o princípio da proporcionalidade.

2. TEORIA GERAL DA PROVA

2.1. Conceito, finalidade, objeto e meios de prova

É de notório saber que a finalidade precípua do Direito Processual, notadamente no Processo Penal, é buscar uma decisão justa e embasada na verdade dos fatos, ou pelo menos, o mais próximo possível deles, o que se alcança por meio das provas.

A prova, segundo o ensinamento de Tornaghi¹, "é o conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos etc.) e até pelo juiz, para averiguar a verdade e formar a convicção desse último (jugador)".

Deste modo, a prova constitui-se em elemento de suma importância para o processo judicial na medida em que representa o meio, a forma, o instrumento utilizado pelo homem para demonstrar a veracidade de um fato, episódio ou relação jurídica, contribuindo, destarte, para a formação do convencimento do julgador acerca da lide.

Para a apuração dessa verdade, abriga o processo uma fase própria: a instrução.

A fase instrutória, como bem assinala Fernando de Almeida Pedroso², "encerra e concentra a atividade processual destinada à produção das provas, pelos diversos meios que as possibilitam".

Com efeito, é nesta fase processual que as partes procuram demonstrar o que objetivam, sobretudo para demonstrar ao juiz a veracidade ou a falsidade da imputação feita ao réu e das circunstâncias que possam influir no julgamento.

¹TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980-1995. p. 265.

²PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova Penal (Doutrina e Jurisprudência)*. 2ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 21.

Assim sendo, o objetivo da prova é o convencimento do magistrado, já que este terá que solucionar a lide com base nos elementos trazidos aos autos pelas partes litigantes.

No campo do Direito Processual Penal, a finalidade da prova é a demonstração em juízo de um fato supostamente adequado ao tipo penal.

No que atine ao objeto da prova, José Frederico Marques³ leciona que: "objeto da prova, ou tema probandum, é a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deve ser demonstrada no processo". E conclui dizendo que "como o juiz se presume instruído sobre o direito a aplicar, os atos instrutórios só se referem à prova das quaestiones facti", exceção apenas para o direito estadual, municipal, consuetudinário ou alienígena, que deverá ser provado pela parte que o alegue.

O objeto da prova penal abrange, além do fato criminoso, as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na imposição da resolução do caso.

Nesse diapasão, o objeto da prova é tudo aquilo que deverá ser demonstrado ao juiz, pelas partes, a fim de que aquele adquira o conhecimento necessário para solução da questão sob apreciação. Impende relatar que somente serão objeto de prova os fatos relevantes sobre os quais versa a lide, devendo a parte fazer prova dos fatos incontroversos, como bem pontifica Paulo Rangel⁴:

No processo penal, os fatos, controvertidos ou não, necessitam ser provados, face os princípios da verdade real e do devido processo legal, pois, mesmo que o réu confesse todos os fatos narrados na

³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª. ed. vol.II.atual.Campinas: Millennium, 2000. p. 331.

⁴ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8ª.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 406.

denúncia, sua confissão não tem valor absoluto, devendo ser confrontada com os demais elementos de prova dos autos.

Inobstante o objeto da prova seja os fatos ligados direta ou indiretamente ao caso penal, alguns destes fatos não precisam ser provados. É o que ocorre com os fatos axiomáticos ou intuitivos (fatos que por si mesmo são evidentes), os fatos notórios (por todos conhecidos) e os fatos presumidos (pelo fato de a lei determinar uma presunção de existência ou de veracidade de um determinado fato, não necessitam de prova).

Urge aquilatar, por importante, que se as partes trarão ao magistrado os elementos que possibilitarão a este formar sua convicção acerca dos fatos alegados, terão elas que lançar mão dos chamados meios de prova.

Os meios de prova, por sua vez, hão de ser entendidos como todos aqueles meios utilizados pelo juiz para o conhecimento acerca da verdade dos fatos, estejam ou não previstos em lei. É o que se infere da leitura do art. 332 do Código de Processo Civil, o qual assevera que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, são hábeis a provar a verdade dos fatos da causa.

Os doutrinadores brasileiros, em sua grande maioria, entendem que, ante o fato de viger, na seara processualística criminal, o princípio da verdade real, razão não há a permitir que se limitem os meios de prova utilizáveis, podendo todos, inclusive os inominados, ser usados com ampla liberdade. Inobstante, o Processo Penal busca, antes de tudo, não a verdade, mas a certeza, fazendo com que a imputação penal recaia sobre o indivíduo que realmente tenha cometido o ato ilícito.

O princípio da liberdade probatória, a que se reporta a doutrina, não é, porém, absoluto, uma vez que quando a lei exigir que a prova se faça deste ou daquele modo, é assim que a prova terá que ser feita, tal é o exemplo constante do artigo 155 do Código de Processo Penal, ao dispor que a prova quanto ao estado das pessoas será efetuada conforme estabelece a lei civil.

Outrossim, é patente que a prova pode ser produzida de diversas formas, a saber: com a realização de perícia (prova pericial), através da oitiva de testemunhas (prova testemunhal), com a juntada de documentos (prova documental), através do depoimento da vítima e da confissão do réu, etc.

2.2.Sistema de avaliação de provas

Terminada a fase de produção das provas, caberá ao juiz apreciá-las, valorando-as de forma a fundamentar sua decisão. No sistema atual de avaliação, muito embora as partes auxiliem o magistrado na valoração dessas provas, através de suas alegações, é certo que somente ao julgador cumpre valorá-las.

Por sistemas de avaliação das provas há de se entender o critério utilizado pelo juiz para valorar as provas constantes dos autos, com vistas ao alcance da certeza e da busca do conhecimento dos fatos.

Como pontifica Greco Filho⁵: "na avaliação das provas, é possível imaginar três sistemas que podem orientar a conclusão do juiz: o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, o sistema da prova legal e o sistema da persuasão racional". Inobstante traços de um sistema apareçam em outros,

⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 190.

pode-se atestar que os sistemas de avaliação representam uma evolução histórica no que tange à liberdade do julgador na valoração das provas produzidas.

Pelo sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, fica a cargo do magistrado decidir sobre o valor das provas produzidas, sua admissibilidade e seu carreamento aos autos. Este sistema estabelece que o juiz pode valorar livremente as provas produzidas, sem estar preso a nenhum critério lógico ou legal, tornando-se, por isso mesmo, desnecessária a motivação de sua decisão. No ordenamento jurídico pátrio encontra-se resquício deste modo de apreciação da prova nos julgamentos efetuados perante o Tribunal do Júri, eis que os jurados (que integram o conselho de sentença) julgam por íntima convicção, sem que seja necessária fundamentação, além do sim ou do não dados como resposta aos quesitos formulados.

Já o sistema da prova legal ou sistema tarifado, buscou coibir os abusos e a insegurança gerada pelo sistema da convicção íntima. No aludido sistema, é a própria lei que impõe ao juiz o valor de cada meio probatório, excluindo qualquer juízo de valor por parte do julgador com relação ao peso daquela prova em sua decisão. Com efeito, afasta-se qualquer forma de convicção pessoal do magistrado na valoração das provas, já que está obrigado a obedecer estritamente o sistema de pesos e valores imposto pela lei. Exemplo deste sistema de avaliação de prova imperava durante a idade média, em que se atribuía mais valor ao depoimento de um padre que ao de um homem sem vivência religiosa, mais valor era dado ao depoimento de um homem em detrimento do testemunho de uma mulher etc.

O sistema predominante nos dias atuais e adotado pelo Código de Processo Penal, no artigo 157, é o sistema do livre convencimento motivado, também nominado sistema da persuasão racional. Referido sistema estabelece que é permitido ao juiz valorar livremente as provas produzidas pelas partes, mas vincula o convencimento do juiz ao material probatório constante dos autos, além de obrigar o magistrado a fundamentar sua decisão de modo que seja possível aferir o desenvolvimento de seu raciocínio e as razões de seu convencimento.

A respeito do tema, enfatiza Júlio Fabbrini Mirabete⁶ que "fica claro, porém, que o juiz está adstrito às provas carreadas aos autos, não podendo fundamentar qualquer decisão em elementos estranhos a eles: o que não está nos autos não está no mundo (*quod non est in actis non est in mundo*) (...)".

E conclui Tourinho Filho⁷ advertindo que "livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não está dispensado de motivar sua sentença".

Nesse contexto, o magistrado ficará restituído à sua própria consciência, eis que formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida, apenas devendo fundamentar sua decisão, exigência, inclusive, estatuída pela Constituição da República vigente, como reza o artigo 93, inciso IX.

⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 16ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 285.

⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 221.

Esse assunto será abordado com maiores detalhes quando da análise do princípio do livre convencimento motivado e do princípio da busca da verdade real.

2.3.Direito à prova e seus limites

O direito à prova, como é sabido, liga-se inexoravelmente ao princípio do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.

É no contexto do contraditório, onde se impõe a necessária ciência bilateral dos atos e termos do processo, que se insere, como decorrência lógica, o direito a ampla defesa que garante às partes, além do direito de tomar conhecimento de todos os termos do processo, o direito de alegar e provar o que alegam.

É nesse quadro de igualdade substancial e bilateralidade que se desenvolve o processo, sendo o direito à produção de provas a forma por excelência de realização do contraditório e da ampla defesa.

Assim, o direito à prova, como decorrência do contraditório, da ampla defesa e do próprio direito de ação, já que de nada adiantaria garantir o direito de buscar a tutela jurisdicional se não fosse permitido à parte influir na

decisão através da produção de provas, apresenta-se como garantia constitucional, inserta no art 5º, LV da Constituição de 1988, devendo ser plenamente observado.

Entretantes, embora seja uma garantia constitucional, não é qualquer prova que poderá ser levada ao crivo do judiciário. A liberdade da prova, esta entendida como o direito que têm as partes de provar, por qualquer meio idôneo e legítimo, os fatos que alegam, não é irrestrita, já que encontra limitações impostas pela Constituição e por leis infraconstitucionais. Deste modo, embora o direito à prova seja assegurado constitucionalmente, observa-se que não é este direito absoluto.

Consoante o escólio de Paulo Rangel⁸ esta limitação à liberdade probatória encontra fundamento quando a lei, ponderando valores, vem a considerar certos interesses de maior valor que a simples prova de determinado fato. Neste sentido, os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana estariam a impedir que a busca da verdade se dê mediante meios que fossem reprováveis dentro de um Estado Democrático de Direito.

No Processo Penal, se percebe com maior clareza a necessidade de se impor limites à atividade probatória, vez que é neste âmbito que se discute acerca da liberdade dos indivíduos, que *per si* já obriga que o Estado sacrifique o menos possível os direitos do acusado.

⁸ Obra citada, p. 412.

Portanto, mesmo o Direito Adjetivo Repressor tendo o escopo de encontrar a verdade real dos fatos, não se pode sacrificar direitos e garantias constitucionais. E para assegurar que tal violação não ocorra, é que a própria Constituição Federal, bem como o Código de Processo Penal, impõem certas limitações.

A principal limitação no concernente às provas está insculpida no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, *in verbis*:

"São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Com a afirmativa acima expendida chega-se ao tema específico proposto para este trabalho, qual seja a problemática do alcance da vedação constitucional às provas ilícitas no âmbito do processo penal. Contudo, para tanto, deve-se anteriormente tecer algumas breves considerações, bem como estabelecer alguns conceitos.

3. PROVA ILEGAL (OU PROIBIDA) E SUAS ESPÉCIES: PROVA ILEGÍTIMA E PROVA ILÍCITA.

Os termos prova ilegal (ou prova proibida), prova ilegítima e prova ilícita são freqüentemente utilizados como expressões sinônimas, quando, em verdade, definem situações análogas, contudo diversas.

Ilegal ou proibida é a prova produzida com infração à norma de natureza material ou com afronta à norma de direito processual.

Deste modo, a prova será ilegal toda vez que houver violação de normas legais, dos costumes, dos princípios gerais de direito e da moral ou quando infringir disposições processuais.

Do gênero prova ilegal pode-se distinguir duas espécies: as provas ilícitas e as provas ilegítimas.

Será ilícita ou ilicitamente obtida a prova que contrariar normas de direito material, quer sejam normas de cunho constitucional quer sejam normas de caráter infraconstitucional. Configuram-se exemplos de provas ilícitas aquelas colhidas mediante tortura ou maus-tratos (artigo 5º, inciso III, da CF); as colhidas com desrespeito à intimidade (artigo 5º, inciso X, da CF); as colhidas com violação do domicílio (artigo 5º, inciso XI, da CF); as obtidas com violação ao sigilo das comunicações (artigo 5º, inciso XII, da CF), dentre outros.

De outro turno, denomina-se provas ilegítimas aquelas colhidas com afronta a normas de direito processual, como é exemplo o laudo de exame de corpo de delito subscrito por único perito não oficial.

Sobre o tema ora em apreço, leciona de forma magistral Fernando de Almeida Pedroso⁹:

(...) ilegal é a prova sempre que produzida com infração a normas de natureza processual ou material. É o gênero de que são espécies as provas adjetivadas de ilegítimas e ilícitas. Ao ato instrutório realizado com infração das disposições processuais dá-se a denominação de prova ilegítima, defluindo do próprio ordenamento processual as sanções ou conseqüências resultantes do não acatamento de determinada norma processual. (...) Dá-se o rótulo de ilícita à prova obtida com infração das disposições de direito material.

Por conseguinte, são proibidas, em âmbito processual penal, tanto as provas que violem normas processuais (provas ilegítimas), quanto as provas que transgridam normas de direito material (provas ilícitas), sendo mais relevante o estudo destas últimas, uma vez que o ordenamento jurídico não prescreve as sanções ou conseqüências decorrentes de sua utilização indevida.

⁹ Obra citada, p. 158.

4. PRINCÍPIOS INFORMADORES DA TEORIA DAS PROVAS E APLICÁVEIS AO ESTUDO DAS PROVAS ILÍCITAS.

4.1 Princípio do livre convencimento motivado

Como é sabido, o ponto culminante do processo é o momento em que o julgador irá apreciar e valorar as provas constantes dos autos, de forma a fundamentar sua decisão.

O direito processual brasileiro, no que tange à avaliação da prova, optou pelo princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, conforme se depreende do teor do artigo 157 do Código de Processo Penal, senão vejamos:

Art. 157 do CPP: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova"

Analisando o supracitado dispositivo, percebe-se que a lei dá ao julgador liberdade para valorar as provas, não havendo para tanto valor predeterminado ou legal. De tal sorte, nenhuma prova terá mais valor que a outra, nem será estabelecida uma hierarquia entre elas.

Entretantes, esta liberdade de apreciação das provas não é absoluta, visto que vincula o conhecimento do juiz ao material probatório constante dos autos, obrigando, também, o magistrado a fundamentar sua decisão de modo a se poder aferir o desenvolvimento de seu raciocínio e as razões de seu convencimento.

Ademais o artigo 93, IX, da CF/88, preconiza que as decisões do julgador deverão ser motivadas, sob pena de nulidade, *verbatim*:

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

(...)

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

No processo penal, em particular, existem algumas formas de prova legal, que limitam a liberdade do juiz, como por exemplo, o exame de corpo de delito para comprovar as infrações que deixam vestígios e a submissão do juiz penal à prova civil no que concerne ao estado das pessoas.

O mestre José Frederico Marques¹⁰ elenca outras restrições à liberdade de apreciação do julgador, dentre elas as restrições especiais à liberdade de pesquisa da verdade material/real. É nesse contexto que se situa a questão das provas ilícitas. Admitindo-se que a vedação às provas ilícitas impossibilita que o julgador fundamente sua decisão nesses meios de prova, também será essa uma forma de restrição ao seu livre convencimento, posto que mesmo tendo convicção sobre determinado fato levado ao processo por intermédio de uma prova ilícita, não poderá considerá-lo para fundamentar sua decisão.

4.2. Princípio da busca da verdade material

No Processo Penal brasileiro vigora o princípio da verdade real, segundo o qual o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos.

¹⁰ Serve como exemplo aqueles casos em que mesmo que os elementos constantes dos autos levem o juiz a concluir que o réu faleceu, só poderá declarar extinta a punibilidade depois de juntada a certidão de óbito, conforme imposição do art 62 do CPP (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed.atual. Campinas: Millennium, 2000, p. 359).

O princípio da verdade material ou real diz respeito ao poder dever inquisitivo do juiz penal, tendo como objeto a demonstração da existência do crime e da autoria. A prova penal, assim, é uma reconstrução histórica, devendo o juiz pesquisar além da convergência das partes sobre os fatos, a fim de conhecer a realidade e a verdade dos fatos.

José Frederico Marques¹¹, citando Jean Patarin, assevera com maestria a importância da liberdade concedida ao juiz para buscar a verdade real, afirmando que:

A defesa da sociedade e o interesse da repressão exigem que se empreguem todos os meios para a descoberta do culpado e para a aquisição de exato conhecimento de todas as circunstâncias da infração, além disso, no Direito Penal moderno, acrescenta-se a necessidade de informação, igualmente completa e segura, sobre a personalidade do culpado, a fim de individualizar-se a pena, ou mesmo adaptar-se a sanção às possibilidades de reeducação do delinqüente conforme o que preconizam as doutrinas da defesa social. Por fim, os interesses ameaçados pela persecução penal não são menos dignos de atenção.

Destarte, o processo penal e a atividade probatória devem ser pautados pela busca incessante da verdade, aproximando-se tanto quanto possível da reconstrução do fato das circunstâncias relevantes, possibilitando que o julgador forme seu convencimento e decida sobre o caso em análise.

Contudo, torna-se prudente evitar extremismos que possam desvirtuar o real objetivo da liberdade concedida às partes e ao juiz na atividade probatória. A busca da verdade a qualquer preço já foi considerada premissa indispensável para alcançar o escopo da defesa social, tornando-a um valor mais precioso do que a liberdade individual.

Grinover¹² alerta que, "...tomando-se esse caminho, se perderá fatalmente o sentido de qualquer limite e a verdade absoluta tornar-se-á um

¹¹ Obra citada, p. 352

mito que corresponde ao ilimitado poder do juiz". E conclui sua exposição, asseverando que:

Por isso é que o termo "verdade material" há de ser tomado em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo "absoluta" ou "ontológica", há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida.

É no sentido de investigar a verdade tal como o fato aconteceu que se concede especiais poderes ao juiz na busca da verdade, possibilitando a ele reconstruir todos os fatos relevantes para balizar a justa e correta imposição da sanção penal, em respeito aos valores mais fundamentais da pessoa humana, como a honra, a dignidade e a liberdade, bem como a defesa da sociedade como um todo.

Inobstante, conquanto extremamente importante para o processo penal, a busca da verdade real não é absoluta, sofrendo limitações, que podem ser gerais, especiais ou constitucionais.

As limitações decorrentes de princípios constitucionais de defesa da dignidade da pessoa humana impedem, por exemplo, que, na busca da verdade, lance-se mão de meios condenáveis e iníquos, superstições e crendices, bem como todos os meios estranhos à ciência processual.

Foi para proteger os direitos fundamentais do ser humano que na evolução das relações entre o indivíduo e o Estado intervencionista inseriram-se normas que garantissem esses direitos fundamentais frente à intervenção, constitucionalizando um regime garantista do ser humano.

É que, conforme leciona Grinover¹³:

¹² GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. *As nulidades no processo penal*, 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 132.

¹³ Obra citada, p. 130.

"...o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo".

Diante do ora esposado, estão excluídos do processo, mormente no processo penal, todas as formas de obtenção de provas que não se coadunem com a idéia de processo como instrumento de proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

Neste sentido, não são viáveis como instrumentos probatórios a serviço do juiz na busca da verdade real os interrogatórios fatigantes, penosos e exaustivos, as interceptações telefônicas e gravações clandestinas, provas denominadas científicas que possam atingir a integridade física ou moral do ser humano, como a hipnose, a narcoanálise, mesmo quando pedida ou aceita pelo acusado, o emprego do lie-detector (detector de mentiras), e todas as formas de provas ilícitas.

Há, ainda, no processo penal, restrições à liberdade de pesquisa da verdade real na instrução do processo, como as questões prejudiciais cíveis, previstas nos art. 92 e 93 do CPP, que vinculam o juiz penal ao que foi decidido na esfera cível ou, ainda, a determinação do art. 62 do CPP, que exige a juntada da certidão de óbito do acusado para que o juiz possa declarar extinta a punibilidade, dentre tantas outras restrições impostas ao juiz penal na busca da verdade real.

4.3 Princípio da liberdade probatória

Como é sabido, o princípio da liberdade probatória é decorrente do princípio da busca da verdade material, ou seja, se o julgador deve sempre perquirir a verdade dos fatos que lhe são apresentados, é manifesto que o mesmo deve agir com toda liberdade, com o escopo de reconstruir o fato praticado e aplicar a ele a norma jurídica que for cabível.

Por conseguinte, a busca da verdade impede, ao menos em princípio, que se cogite sobre qualquer espécie de restrição à liberdade probatória, sob pena de frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei. Portanto, pode-se afirmar que a tendência atual é pela não taxatividade das provas, cuidando apenas de vedar os meios de prova que atentem contra a moralidade e atinjam a dignidade da pessoa humana. Isso leva a concluir que o rol de provas elencado no Código de Processo Penal é exemplificativo, sendo possível produzir outros meios de prova que não estejam previstos legalmente, desde que não sejam defesos ao acusado, ao Ministério Público ou ao magistrado.

Como assenta Tourinho Filho¹⁴ a não taxatividade pode ser extraída do comando contido no art. 155 do CPP, relativamente a fase instrutória, bem como dos incisos III, IV, V, VI, VII, VIII, IX do art. 6º do CPP, relativos ao inquérito policial.

No mesmo sentido se pronuncia Avólio¹⁵, afirmando que a liberdade probatória é a melhor opção nos dias atuais, mas esta não deve ser vista de forma absoluta, *in verbis*:

¹⁴ Obra citada, p. 208.

¹⁵ Obra citada, p. 21.

O Estado, assim, deve restringir, limitar, proibir ou impedir a utilização de determinados meios, ou o seu uso em relação a certos fatos. Tudo em prol da defesa dos valores sociais, dentre os quais avultam a liberdade e a intimidade.

A liberdade probatória, portanto, não é absoluta, sofrendo as mesmas restrições apontadas para a busca da verdade real. Nesse sentido vislumbram-se, dentre outras, as restrições constantes no próprio CPP, nos arts. 155, 158, 406, § 2º, e 475, e na Constituição Federal, notadamente a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI).

4.4 Princípio da vedação à prova ilícita

O princípio da vedação da prova ilícita encontra-se expressamente previsto no art. 5º, LVI, da Constituição de 1988, in verbis: "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Constitucionalizando uma tendência já firmada na doutrina, a vedação às provas ilícitas, tal como prevista pela Constituição, configura-se em uma garantia individual do cidadão em qualquer tipo de processo, notadamente no processo penal.

Para a doutrina, o ponto de partida para o estudo da ilicitude da prova é o conceito amplo de prova proibida que, embora não seja uniforme, serve bem para determinar todo e qualquer tipo de prova vedada pelo direito.

Conforme já demonstrado, do gênero prova proibida pode-se distinguir duas espécies: as provas ilícitas e as provas ilegítimas. Essa distinção decorre do momento em que ocorre a ofensa ao direito, que pode se verificar no momento da coleta da prova, violando regras de direito material, dos costumes, dos princípios gerais de direito e da moral, ou quando a prova é

introduzida no processo, infringindo normas processuais. No primeiro caso, a prova será ilícita e, no segundo, a prova será ilegítima.

Celso Ribeiro Bastos¹⁶ ao se referir à questão das provas ilícitas e ilegítimas, classificando a primeira como ilicitude extrínseca e a segundo como ilicitude intrínseca, afirma que:

É de rigor concluir-se que os meios ilícitos a que alude a Constituição abarcam tanto os intrínsecos como os extrínsecos. Na verdade vê-se que a expressão escolhida pelo constituinte é suficientemente ampla para colher quaisquer formas de ilegalidade.

A título de ilustração, configuram provas ilícitas, em sentido estrito, aquelas obtidas com violação de domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF); aquelas conseguidas mediante tortura ou maus tratos (Art. 5º, III, da CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, da CF) etc. Também aquelas colhidas com inobservância do disposto nos incisos II e III, do art. 5º, da CF/88, como a narcoanálise ou o lie-detector, bem como aquelas colhidas com a prática de outros ilícitos penais, como furto, apropriação indébita, violação do sigilo profissional, etc.

Por seu turno, provas ilegítimas são aquelas colhidas com inobservância das formalidades processuais previstas na lei adjetiva, como, por exemplo, o interrogatório em que não se adverte o interrogado do seu direito de permanecer em silêncio, sem que isso lhe traga qualquer prejuízo, ou a juntada das transcrições originadas em interceptação telefônica autorizada judicialmente antes do momento previsto no art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.296/96.

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 275.

Inobstante, o presente trabalho analisará será apenas a questão atinente à espécie prova ilícita propriamente dita, ou prova ilícita em sentido estrito, onde se instala a maior controvérsia.

5. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS PROVAS ILÍCITAS – ART. 5º, LVI.

Como outrora asseverado, a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 5º, LVI, que *"são inadmissíveis, em processo judicial ou administrativo, as provas produzidas por meios ilícitos"*.

Assim sendo, em uma análise peremptória, discussões acerca do assunto em epígrafe seriam inúteis, pois realmente, pela leitura do dispositivo supra, não haveriam dúvidas, pela sua abrangência em relação as provas ilícitas e à esfera de utilização, abrangendo qualquer dos processos.

Na atual ordem jurídica, não obstante discordar-se quanto à forma taxativa com que a Carta Magna vedou as provas ilícitas no processo, predomina o entendimento que, conquanto seja necessário algum grau de flexibilização da vedação constitucional, não se admite, no direito brasileiro, a utilização, em qualquer tipo processo, de provas obtidas ilicitamente, por mais verdadeiro e relevante que seja seu conteúdo.

Inscrita no título da Constituição que trata sobre os direitos e garantias fundamentais, a vedação à prova ilícita constitui um dos pilares da proteção constitucional à honra, à intimidade e à integridade física do cidadão, impondo a total observância dos seus preceitos. O que se discute, na atualidade, é se essa vedação deve ser interpretada de forma taxativa ou se comporta alguma sorte de flexibilização, a fim de evitar injustiças.

5.1. Princípio da Proporcionalidade.

Talvez o maior aliado para a resolução desses problemas seja o chamado princípio da proporcionalidade (*verhaeltnissmaessigkeitprinzip*),

desenvolvido originariamente no direito administrativo alemão e que permeia diversos dispositivos constitucionais.

Os mentores daquele que hoje é um princípio aceito pela ampla maioria dos doutrinadores constataram, na época, que, por vezes, a aplicação estrita e literal de um comando legal, embora plenamente válido e eficaz, poderia ensejar um efeito contrário ao próprio Estado de Direito previsto pelo sistema de determinado país, de modo que se concluiu que a norma (genérica e abstrata) incidindo em determinados casos concretos poderia acarretar conseqüência negativa para a ordem estabelecida naquela nação. Desse modo, tornou-se imperioso criar um mecanismo racional, capaz de outorgar a devida segurança jurídica à sociedade, isto é, um meio que garantisse que a norma somente fosse observada caso cumprisse com sua missão e se aliasse aos escopos do sistema. A aplicação de normas, então, deveria harmonizar-se com o sistema no qual elas estão inseridas. Nesse diapasão, o princípio da proporcionalidade visava, originariamente, regular o poder de polícia do Estado, ofertando maior segurança jurídica aos particulares.

Eis a forma pela qual foi imaginado o princípio da proporcionalidade, cuja função precípua é justamente garantir o Estado de Direito em toda sua plenitude, vedando a aplicação de normas desarrazoadas quando em confronto com o sistema vigente. Nada mais acertado, afinal não há, em realidade, nenhum direito absoluto, capaz de sobrepor-se sobre todos os demais.

Como obtempera Hely Lopes Meirelles¹⁷, o princípio da proporcionalidade "...pode ser chamado de princípio da proibição de excesso,

¹⁷ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 86.

que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da administração pública, com lesão aos direitos fundamentais".

Para uma adequada compreensão do princípio da proporcionalidade torna-se imperioso a análise de seus três subprincípios, a citar: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Com fulcro na análise destes subprincípios, tem-se que a proporcionalidade, em sede de limitação de direitos fundamentais, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o fim é o objetivo ou finalidade perseguida pela limitação, e o meio é a própria decisão normativa, legislativa ou judicial, limitadora que pretende tornar possível o alcance do fim almejado. O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não excessiva, não arbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional.

O princípio da adequação determina que se averigüe, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (meio) do direito fundamental viabiliza o alcance da finalidade almejada. Trata-se de inquirir se a medida é apta, útil e apropriada para atingir à finalidade perseguida.

Para se concluir se a medida é adequada deve-se responder a seguinte pergunta: A medida a ser tomada é útil para atingir o fim perseguido?

Portanto, em outros termos, a medida será adequada se for possível por meio dela atingir o fim pretendido.

Após se proceder a análise do princípio da adequação, entendendo-se que a medida é adequada, passa-se, então, para a análise do princípio da necessidade, ou exigibilidade, pelo qual, será necessária a medida que causar o menor prejuízo possível.

Neste diapasão, o emprego de determinado meio deve limitar-se ao estritamente necessário para a consecução do fim almejado, e, havendo mais de um meio, dentro do faticamente possível, deve ser escolhido aquele que traga menos desvantagens ou prejuízos.

O terceiro subprincípio da proporcionalidade exige uma reciprocidade razoável entre a relação meio-fim. Assim sendo, os meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, como objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito perfaz a idéia de justa medida. Em outros termos, para se alcançar o fim perquirido, deve-se sopesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins.

Transportado para o processo, mas especificamente para a questão das provas ilícitas, o princípio da proporcionalidade impõe que o julgador, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, ao apreciar a admissibilidade de uma prova ilícita no processo, o faça sopesando os bens jurídicos envolvidos no caso em análise, de forma a corrigir as possíveis injustiças que possam advir da observância pura da vedação constitucional.

Celso Ribeiro Bastos¹⁸, numa clara aceitação do princípio da proporcionalidade, traz algumas regras de imposição obrigatória ao julgador a

¹⁸ Obra citada, p. 276.

serem observadas no momento da avaliação da admissibilidade das provas ilícitas.

A primeira, é que a prova seja indispensável para proteger um direito mais encarecido e valorizado pela Lei Maior do que aquele afetado pela sua produção. A segunda regra é que a prova seja produzida em favor do réu e não do Estado como titular da ação penal. Finalmente, não deve ter havido participação direta ou indireta do réu no evento inconstitucional que resultou na coleta da prova. Camargo Aranha, propondo renomear a teoria da proporcionalidade para teoria do interesse preponderante, aduz que:

Em determinadas situações, a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses relevantes, antagônicos e que a ela cabe tutelar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve consultar o interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado.

Contudo alerta que o emprego do princípio da proporcionalidade, com o objetivo de abrandar a vedação constitucional às provas ilícitas, tem como ponto negativo a possibilidade de gerar abusos e insegurança, face à subjetividade na avaliação da admissibilidade da prova.

Barbosa Moreira¹⁹ rebate a crítica formulada ao princípio da proporcionalidade, argumentando que: "...freqüentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação das normas redigidas com conceitos jurídicos indeterminados, como o de "bons costumes", o de "mulher honesta" ou o de "interesse público"..." e adverte que a estrita e inflexível observância da vedação constitucional poderia levar a

¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Disponível em: <http://www.forense.com.br/Atualida/Artigos.htm>, p. 04.

aberrações muito maiores do que aquelas que possam advir do subjetivismo do juiz no momento da valoração da admissibilidade da prova ilícita.

Em posição contrária e criticando especialmente a flexibilização proposta por Celso Ribeiro Bastos, inclusive as regras de imposição obrigatória ao juiz por ele apresentadas, Rogério Lauria Tucci argumenta que as exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas devem estar contidas no próprio texto constitucional e são, necessariamente, taxativas, como é o caso dos incisos XI e XII do art. 5º, não comportando qualquer espécie de alargamento de seu conteúdo pela doutrina.

E conclui²⁰ afirmando que:

Assim sendo – deve ser aduzido, - não coonestando, a Carta Magna da República, qualquer temperamento à preceituação determinante da inadmissibilidade de "provas obtidas por meios ilícitos", uma vez conseguidas ou produzidas por outros meios que não os estabelecidos em lei, e, ainda, moralmente legítimos, por maior que seja a importância do direito individual a ser preservado, não têm elas como ser levadas em conta pelo órgão jurisdicional incumbido de definir a relação jurídica penal submetida à sua apreciação.

Inobstante, a tese da flexibilização da vedação constitucional às provas ilícitas tem recebido a adesão de parte considerável da doutrina, bem como dos tribunais pátrios, sobretudo nos casos de provas ilícitas que venham a beneficiar a defesa e, em casos mais raros, em benefício da acusação, conforme será demonstrado a seguir.

²⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 235.

5.2.Princípio da Proporcionalidade e prova ilícita *pro reo*.

Em que pesem todas as discussões doutrinárias a respeito da flexibilização da vedação constitucional às provas ilícitas, uma coisa já parece estar consolidada: a aplicação do princípio da proporcionalidade no exercício do direito de defesa abre a possibilidade de se admitir a prova ilícita em favor do réu, sobretudo no processo penal e quando for a única forma de prova da inocência.

É que os direitos fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais.

Como é cediço, o indivíduo, perante o Estado é exacerbadamente "fraco", necessitando, indubitavelmente, que seus direitos fundamentais, constitucionalmente outorgados, sejam observados, a fim de que o Poder Estatal seja limitado.

São de suma importância a existência e o respeito aos direitos supramencionados, mormente no âmbito do procedimento criminal, onde se tem em voga o direito à liberdade, à vida, à intimidade, dentre outros considerados os mais importantes direitos de qualquer cidadão.

No confronto entre a vedação constitucional às provas ilícitas, que representa uma proteção a direitos fundamentais do cidadão, e o direito de provar a própria inocência, é claro que este deve prevalecer, porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana são valores insuperáveis na

sociedade moderna, bem como pelo fato de que não interessa ao Estado punir um inocente e, como consequência, deixar impune o verdadeiro culpado.

A vedação das provas ilícitas visa justamente o respeito a estes direitos, preservando-os e sempre impondo limites ao Estado.

É nesta acepção que a incidência do princípio da proporcionalidade *pro reo* apresenta menores problemas e maior número de adeptos, vez que, neste caso, utilizando-se uma prova ilícita em favor do acusado, mesmo que com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, o direito do particular restaria protegido diante do poder do Estado.

Outro entendimento que propicia a utilização das provas ilícitas em prol do acusado é o que enquadra esta atitude no rol das excludentes de ilicitude, tais como legítima defesa e estado de necessidade.

Tal entendimento é defendido primordialmente por Ada Pellegrine Grinover, Antônio Scarance Fernandes, Antônio Magalhães Gomes Filho, Luiz Francisco Torquato Avolio, dentre outros, sob o argumento de que a Constituição Federal garante o direito de defesa no processo penal de forma primordial, abrangendo o princípio do *favor rei*.

A jurisprudência do Pretório Excelso também tem seguido nesse sentido, como pode ser verificado no seguinte julgado:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de

ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação "the fruits of the poisonous tree" não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido" (AI 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05.). **(grifos nossos).**

Barbosa Moreira²¹ concorda que a defesa fique isenta do veto à utilização de provas ilícitas, mas argumentando que, em situações normais, esse benefício é uma forma de equilibrar a relação processual, favorecendo a igualdade substancial, já que a acusação, na maioria das vezes, dispõe de melhores recursos que o réu, mas adverte que *"pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam a sociedade contemporânea"*. Consoante o autor, esse é mais um dos motivos para não se adotar uma solução apriorística e radical a respeito da vedação constitucional.

5.3. Princípio da proporcionalidade e prova ilícita *pro societate*.

De forma contrária ocorre quando o Estado faz uso de provas ilícitas para impor a condenação de um indivíduo.

A possibilidade de flexibilizar a vedação constitucional às provas obtidas por meio ilícitos quando forem em benefício da sociedade e, como consequência, em desfavor do réu, é questão que ainda merece tratamento mais aprofundado, face à necessidade de se proteger a sociedade contra a

²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Disponível em: <http://www.foreense.com.br/Atualida/Artigos.htm>, p. 05

ameaça gerada pela expansão da criminalidade organizada , que se infiltra cada vez mais em todas as esferas do poder, criando uma verdadeira "sociedade do crime", organizada e aparelhada para desenvolver a atividade criminosa, além de outras formas de criminalidade violenta e habitual, como o terrorismo, e a delinqüência sexual violenta.

Realmente, o entendimento dominante na doutrina é de que a prova ilícita somente poderia ser admitida em favor do réu, conforme demonstrado no item anterior, e nunca como instrumento de acusação, vez que a vedação às provas ilícitas, por tratar-se de uma garantia constitucional que visa proteger direitos fundamentais do cidadão contra arbítrios do Estado, somente poderia ceder naqueles casos em que estivesse em confronto com outro direito fundamental do acusado.

Inobstante, este trabalho critica este posicionamento, uma vez que é de conhecimento público, pois o noticiário não pára de expor que a sociedade brasileira está passando por momentos de grandes dificuldades no que diz respeito à segurança pública, principalmente nos grandes centros urbanos. O crime se organizou de tal forma que se tornou um poder paralelo ao próprio Estado, uma vez que é o crime organizado quem dita as normas a serem cumpridas pela sociedade.

Ante o acima exposto, é patente a necessidade dos nossos Tribunais repensarem a aplicação da teoria da proporcionalidade, aplicando-a, também, em favor da sociedade, pois a população brasileira precisa ser protegida deste poder paralelo que está invertendo o sentido normal dos fatos,

uma vez que é o cidadão que está preso dentro de suas próprias casas e é a liberdade da coletividade que está sendo ameaçada.

Se a liberdade individual é protegida pela teoria da proporcionalidade, permitindo-se a utilização de provas obtidas ilicitamente em favor da liberdade de um indivíduo, maior razão existe para utilizar-se referida teoria quando se tratar da liberdade de uma coletividade. Não pode o agente criminoso invocar princípios constitucionais, tais como a violação de sua intimidade ou de sua vida privada para garantir a impunidade.

Como bem assevera o mestre Alexandre de Moraes²²: *“As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumentos para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro estado de direito”*.

Outra razão para utilizar-se a teoria da proporcionalidade *pro societate* é quando se trata dos crimes de colarinho branco, pois os telejornais vêm noticiando, com freqüência, conversas telefônicas entre autoridades do nosso País, tais como deputados, senadores, secretários de Estado, entre outros, feitas através de interceptações telefônicas sem observância da L. 9.296/96, ou seja, gravadas ilicitamente, mas que revelam práticas de crimes escabrosos em detrimento do interesse e do patrimônio público. Referidas autoridades, abusando do poder que lhes é concedido pelo povo, e utilizando-se das facilidades que o cargo lhes concede, formam verdadeiras quadrilhas

²² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, pág: 129/130.

unidas na prática de crimes contra o próprio Estado e, conseqüentemente, contra toda a sociedade.

No momento em que essas quadrilhas são desvendadas através de uma interceptação telefônica, feita ao alvedrio da lei, e quando referidas provas chegam ao conhecimento do Ministério Público, este permanece inerte, sem poder agir, porque o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito prevalece e a sociedade permanece vítima da prática de crimes dessa natureza, pois os criminosos se protegem diante de um princípio constitucional que deveria ser utilizado em favor da sociedade e não como um “escudo protetor” de criminosos.

Não podemos olvidar que as interceptações telefônicas feitas sem observância da lei ferem o direito à intimidade dos interlocutores e a sua privacidade, mas não é certo que tais direitos prevaleçam quando se está diante da prática criminosa que precisa ser desvendada.

Por todos esses motivos que acabamos de expor, reafirmamos com veemência, *data venia*, a necessidade dos nossos Tribunais repensarem a aplicação da teoria da proporcionalidade, aplicando-a não somente em favor do réu, mas, sobretudo, em favor da sociedade, que vem sofrendo, cada vez mais, com a prática do crime organizado.

6. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Outra questão concernente às provas ilícitas que merece apreço no presente trabalho diz respeito à chamada "prova ilícita por derivação".

Prova ilícita por derivação, conforme apregoa Grinover²³, *"...diz respeito àquelas provas em si mesmas lícitas, mas a que se chegou por intermédio da informação obtida por prova ilicitamente colhida"*.

Partindo dessa premissa, seriam ilícitas por derivação, como exemplifica Paulo Rangel²⁴, aquelas provas colhidas através de uma busca e apreensão, regularmente procedida, mas que só se tornou possível a partir de elementos fornecidos mediante interceptação telefônica feita sem ordem judicial.

Entretentes, o problema que se impõe é saber se essas provas, obtidas lícitamente, mas que derivaram de provas ilícitas, podem produzir efeitos ou se devem ter a mesma sorte das provas ilícitas, sendo banidas do processo.

Essa questão ainda não foi pacificada, seja no direito brasileiro seja no direito comparado, suscitando amplas discussões, de modo a determinar os limites dessa vedação.

²³ Obra citada, p. 137.

²⁴ Obra citada, p. 419.

6.1. Teoria dos frutos da árvore envenenada.

Criada pelo direito norte-americano, a doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), determina que os vícios da planta se transmitem para todos os seus frutos. Neste cotejo, seriam tidas como ilícitas todas as provas que, conquanto colhidas de forma lícita, sejam derivadas de provas ilícitas.

Impende aquilatar que, no que tange à vedação às provas ilícitas, o sistema americano busca, com ajuda das proibições de valoração da prova, identificar os limites das atividades admissíveis por parte da investigação policial, visando, claramente, coibir atividades policiais em desconformidade com a Constituição. Diversamente, o sistema alemão maneja postulados de direito material a fim de delimitar a extensão dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição, com o fim precípua de conjugá-los de forma harmônica dentro do sistema jurídico.

Inobstante, mesmo no direito americano, a doutrina dos frutos da árvore venenosa não tem caráter absoluto, sendo possível identificar na jurisprudência norte americana alguns abrandamentos, que se configuram em exceções à dita teoria de exclusão.

Analisando detidamente o tema, Danilo Knijnik²⁵ descreve quatro exceções à aplicabilidade da teoria em comento. A primeira refere-se à chamada "Limitação da Fonte Independente" ("The Independent Source

²⁵ KNIJNIK, Danilo. *A Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa e o Discurso da Suprema Corte na Decisão de 16-12-93*. Revista da Ajuris nº 66. ano XXIII. Março de 1996. p. 76.

Limitation"), a qual determina que *"os fatos obtidos através de uma violação constitucional não seriam, necessariamente, inacessíveis ao tribunal, desde que pudessem ainda ser provados por uma fonte independente"*. Não se trata de mera possibilidade de se obter a prova por fonte independente, não conexas com a forma ilícita, mas elementos fáticos que possibilitem obter a prova sem a ilicitude.

A segunda exceção, chamada de "Limitação da Descoberta Inevitável" (*"The Inevitable Discovery Limitation"*), segundo a qual *"a prova decorrente de uma violação constitucional poderia ser admitida, conquanto fosse ela, inevitavelmente, descoberta por meios jurídicos"*. Esclarece o autor que *"não se trata, aqui, de saber se a prova obtida foi adquirida com abstração ou não da árvore venenosa, como no caso anterior. Ao contrário, a prova a ser admitida nessa hipótese é inconstitucional (...). A questão é avaliar se, mesmo assim, essa prova seria hipoteticamente encontrada por meios jurídicos"*. Incumbe à acusação o ônus de demonstrar, através de fatos concretos, que a prova seria, inevitavelmente, descoberta por meios legais²⁶.

A terceira exceção, denominada de "Limitação da Descontaminação" (*"The Purged Taint Limitation"*), refere-se aos casos em que embora haja uma prova ilícita *"poderá intervir no processo de apropriação um acontecimento capaz de purgar o veneno, imunizando assim os respectivos frutos obtidos"*. Ocorre a intervenção de um fato independente, rompendo ou tornando secundários os vínculos da prova com a ilicitude original como, por exemplo, a

²⁶ Ibid, p. 78.

posterior confissão do acusado ou de terceiro, com observância dos direitos fundamentais. colhida lícitamente, e a primeira, obtida de forma ilícita²⁷.

A quarta e última exceção, refere-se à "Limitação de Boa-Fé" ("*The Good Faith Exception*"), segundo a qual exclui-se a prova ilícita nos casos em que a autoridade policial crê, sinceramente, que sua atuação está observando os direitos fundamentais do cidadão, como no caso de cumprimento de um mandado que, posteriormente, é invalidado²⁸.

Registre-se, por curial, que as duas últimas exceções à contaminação da prova derivada, mormente a que se refere à "Limitação de Boa-Fé", são menos comuns de serem encontradas na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana.

No Brasil, embora a Constituição da República de 1988 tenha vedado a admissão da prova ilícita, não se manifestou sobre a prova ilícita por derivação, deixando o espaço aberto a debates a serem discutidos pela doutrina e jurisprudência.

Pronunciando-se sobre o assunto, Avólio²⁹ encontra-se entre os adeptos da inadmissibilidade processual da prova ilícita por derivação,

²⁷ KNIJNIK, p. 79 et seq. Para ilustrar, o autor apresenta o caso Wong Sun, em que "agentes da polícia de Narcóticos entraram, sem mandado, na residência de "A", local em que o mesmo foi preso. "A", de imediato, fez uma confissão acusando "B" de ser o vendedor das drogas. "B", ainda sem mandado, foi preso, prestando depoimentos que incriminavam "C", também preso ilegalmente. Passados alguns dias, "C", espontaneamente, prestou declarações aos agentes, confessando sua participação nos crimes. "A" e "B" invocaram em seu favor a doutrina dos frutos da árvore venenosa, postulando a respectiva exclusão. A Corte, aqui, acolhera o pedido. Foi quando "C" também requereu a exclusão, porque ele jamais teria confessado, se não existissem aquelas ilegalidades praticadas contra "A" e "B". Apesar disso, contudo, a Corte entendeu que a sua manifestação voluntária, praticada com respeito a seus direitos fundamentais, fez com que a conexão entre a prisão e a confissão ficasse tão atenuada que acabaram por dissipar o veneno".

²⁸ Ibid, p. 81.

²⁹ Obra citada, p. 67.

afirmando que "se a prova ilícita tomada por referência comprometer a proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, essa ilicitude há de contaminar a prova dela referida, tornando-a ilícita por derivação, e, portanto, inadmissível no processo".

E conclui dizendo que:

A questão de fundo não difere em se tratando de provas obtidas ilicitamente e provas ilícitas por derivação. Haverá, sempre, uma referência constitucional, cujo enfoque deverá ser o das liberdades públicas. Qualquer outra concepção da matéria, atrelada ao dogma da verdade real ou divorciado de uma visão político-constitucional do processo penal, é de se reputar superada.

Tornaghi³⁰, sobre o tema, assume posição oposta, afirmando que devem ser levadas em consideração as provas legalmente obtidas seguindo-se as indicações dadas pelas ilegalmente conseguidas.

Paulo Rangel³¹ afirma que, ante o fato de a Constituição da República não tratar especificamente da prova derivada, deve-se entender como permitida sua produção, asseverando que *"a prova obtida, licitamente, através daquela colhida com infringência à lei, é admissível no processo, pois onde a lei (Constituição) não distingue não cabe ao intérprete distinguir."*

Obtempera o supracitado autor que o Supremo Tribunal Federal encontra-se dividido sobre a questão da admissibilidade ou não da prova ilícita por derivação. Inicialmente, quando instado a se manifestar, foi favorável à produção deste meio de prova, entendendo pela não contaminação e, portanto, validade dos atos subseqüentes ao seu ingresso nos autos. Porém, em julgados mais recentes, manifesta-se pelo impedimento da produção de

³⁰ Obra citada, p. 305.

³¹ Obra citada, p. 421.

referida prova, para o que se transcreve ementa de acórdão elucidativo da questão³²:

Prova ilícita. Escuta telefônica mediante autorização judicial. Afirmação pela maioria da exigência da 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 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, no 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 – à falta de lei que, nos termos constitucionais venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas Corpus* nº 69.912., j.em 16.12.1993 – Tribunal Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Publicação DJ. Data 25.03.1994/pp.06012. Ement. Vol.01738-01. pp.00112.)

É de se ressaltar que conquanto o Supremo Tribunal Federal tenha adotado a teoria dos frutos da árvore venenosa, não o fez por completo, já que em suas decisões deixou de analisar a questão da adequação desse meio de exclusão de provas ao sistema processual brasileiro, que se assemelha ao sistema alemão. Também não foi objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal e nem da maioria da doutrina a questão das exceções à exclusão das prova derivadas de provas ilícitas, adotadas pela jurisprudência norte americana. Se o Brasil adotar a doutrina do *fruits of poisonous tree*,

³²Ibid, p. 419 e 420.

também terá que analisar, como consequência lógica, as regras de exceção que essa doutrina tem em sua origem.

7. A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA UTILIZAÇÃO

A Constituição da República de 1988 veda, de maneira taxativa, a admissão no processo, tanto cível, quanto penal, das provas obtidas por meios ilícitos, não estabelecendo, porém, a consequência para o descumprimento dessa vedação, ou seja, que sanção deverá ser imposta se, mesmo inadmissível, houver a introdução no processo, e valoração, pelo julgador, de uma prova ilícita.

Sobre o tema em apreciação, duas correntes doutrinárias se manifestam a fim de estabelecer as consequências que adviriam do ingresso indevido da prova ilícita ao processo. Com efeito, ou se entende que a atipicidade constitucional tem o condão de gerar, como regra, a sanção de nulidade absoluta dos atos praticados, ou se entende que a Lei Maior, ao estatuir a inadmissibilidade processual da prova ilícita, considera-a prova inexistente juridicamente.

A primeira corrente apregoa que o ingresso indevido da prova ilícita nos autos importaria em sanção de nulidade absoluta dessas provas, não podendo servir de fundamento em nenhum decisório judicial.

Adepta da segunda corrente, Grinover³³, anota, com inteira propriedade, que *“as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tidas como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria de inexistência jurídica.”*

³³ Obra citada, p. 143.

Desse modo, a prova ilícita sequer poderá ser produzida pela parte. Se, contudo, chegar a ser produzida, deverá ser excluída dos autos do processo. Para tanto, o magistrado pode e deve atuar de ofício. Se, a despeito da proibição constitucional, a prova ilícita ingressar no processo, entende Antonio Scarance Fernandes³⁴ que o problema não se refere à nulidade processual, mas sim se refere à inadmissibilidade da prova, configurando-se a correta solução a exclusão, via desentranhamento, da prova viciada.

Entretanto, se o juiz não determinar o desentranhamento da prova ilícita, o acusado pode requerer que tal medida seja tomada. Cabe, desde logo, esclarecer que não há, no Código de Processo Penal, norma genérica que disponha acerca do desentranhamento da prova ilícita, de modo que a doutrina crê que deva ser aplicado por analogia o que dispõe o art. 145, inciso IV, do aludido diploma legal, que determina o desentranhamento de documento falso.

Melhor seria que o legislador tivesse estabelecido, de modo expresso e categórico, a consequência processual advinda da utilização indevida da prova ilícita.

O Supremo Tribunal Federal tem sido chamado inúmeras vezes para se pronunciar sobre o tema, tendo formado jurisprudência pacífica no sentido de determinar o desentranhamento do processo das prova obtidas por meios ilícitos, bem como anular a sentença que nelas tenha indevidamente sido fundamentada.

³⁴ Obra citada, p. 90.

Registre-se, outrossim, que o Pretório Excelso tem entendido pela validade do processo e, por conseqüência, da sentença, ainda que no processo tenha sido admitido prova ilícita, desde que haja outras provas suficientes para fundamentar a decisão.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Maior vigente prevê a existência de três poderes harmônicos e independentes entre si, quais sejam: Executivo, Legislativo e Judiciário. Este último possui como atribuição precípua a intervenção, quando requerida, resolvendo a lide mediante uma decisão, no escopo de assegurar a paz social.

Inobstante, para que o supracitado Poder alcance satisfatoriamente seu desígnio, garantindo uma sentença justa e correta para os cidadãos, é necessária a observância de certas regras pelo julgador.

Neste sentido, consoante preceito de índole constitucional, todas as decisões judiciais precisam ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Trata-se, portanto, do princípio do livre convencimento motivado, utilizado pelo o ordenamento pátrio e examinado no presente trabalho monográfico.

É através dos elementos probatórios, notadamente no processo penal, que as partes envolvidas buscam reconstruir o fato histórico da forma mais próxima possível à realidade. Assim sendo, as provas possuem extrema relevância para a motivação do Juiz, pois as decisões exaradas são nelas baseadas.

A ampla liberdade probatória concedida às partes em juízo, a busca incessante para reconstruir o fato histórico da forma mais aproximada à realidade, bem como a liberdade concedida ao julgador para que aprecie e valore as provas apresentadas, desde que fundamente os motivos do seu

convencimento, consubstanciam-se nos pilares de um processo alinhado com a proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

Entretanto, o livre convencimento do julgador, a busca da verdade material e a liberdade probatória, encontram limites, dentre eles a vedação às provas obtidas por meios ilícitos. Com efeito, a parte tem direito de provar suas alegações, de buscar a reconstrução do fato histórico com a maior fidelidade possível, desde que não o faça através de provas obtidas por meios ilícitos.

Ainda que o julgador esteja plenamente convencido a respeito de determinado fato, não poderá nele fundamentar sua decisão se houver sido provado através de uma prova ilícita.

Como consectário lógico de um Estado Democrático, os direitos fundamentais do cidadão devem prevalecer em detrimento da busca da verdade. Isso não significa que a verdade não tenha valor no processo, mas o respeito aos direitos fundamentais impõe que o Estado observe determinados limites na busca dessa verdade.

Por conseguinte, a vedação às provas ilícitas em nada confronta os princípios acima aludidos, mas apenas busca conciliar valores dentro do ordenamento jurídico, de forma que os bens jurídicos convivam de forma harmônica dentro do sistema.

É nesse contexto que se insere a importância da vedação às provas ilícitas, inserida no art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988. Na esteira da ideia de convivência dos bens jurídicos dentro do sistema avulta-se um questionamento: *a vedação constitucional deve ser interpretada de forma*

absoluta ou possibilita algum grau de abrandamento, possibilitando, em algumas hipóteses, a admissão de uma prova no processo, ainda que obtida por meios ilícitos, desde que o bem jurídico a ser amparado seja de maior relevância para o caso em apreciação?

Essa possibilidade de se admitir a prova ilícita, sopesando os bens jurídicos envolvidos, conhecida como teoria da proporcionalidade, desenvolvida pelo direito alemão, é passível de aplicação, segundo análise doutrinária e jurisprudencial, principalmente quando em favor do réu, vez que se estaria protegendo também um direito fundamental, qual seja a liberdade do acusado, bem como porque a ilicitude do ato de coleta da prova estaria amparada por causa excludente de anti-juridicidade.

Mas a questão que fica pendente de definição é se a teoria da proporcionalidade também poderia ser utilizada para fundamentar a admissão de uma prova ilícita em favor da sociedade e, conseqüentemente, em desfavor do réu.

A doutrina é vacilante nesse sentido, já que os autores que se posicionam contra a prova ilícita *pro societate* não enfrentam a questão a ponto de oferecerem referenciais precisos, deixando sem respostas as várias situações levantadas hipoteticamente por alguns poucos doutrinadores que se arriscam a defender a flexibilização da vedação constitucional, até mesmo quando a prova ilícita seja contra o réu.

Registre-se, por importante, que embora a vedação constitucional às provas ilícitas esteja a serviço da proteção de direitos fundamentais do cidadão

contra arbítrios do Estado, casos há que essa vedação, tomada de forma absoluta, levará à situações conflitantes, protegendo-se um direito fundamental de alguém que ameaça transgredir os fundamentos basilares da sociedade constituída.

Mesmo que não se possa estabelecer uma hierarquia entre os direitos fundamentais, é possível e até necessário que sejam relativizados para atender à necessidade de convivência desses direitos dentro do sistema jurídico, possibilitando a defesa da sociedade em situações extremas, sempre tendo na idéia de proporcionalidade o vetor a orientar a flexibilização.

Como é sabido, o direito existe para resolver os problemas oriundos da vida em sociedade e configura-se, em grande parte, em uma tentativa de conciliar, no caso concreto, interesses antagônicos, sempre tendo no ideal de justiça a sua orientação. E é através da atribuição de valores aos bens jurídicos, de forma abstrata, que as normas jurídicas são colocadas. Destarte, a flexibilização da vedação constitucional, em casos extremos, faz-se necessária, visando proteger o próprio Estado de Direito.

Isso não implica, certamente, em uma banalização da idéia de situações extremas, tornando permanente uma conduta que, em tese, só poderia ser admitida em situações limite. Deve-se observar, ainda, que, mesmo nessas situações extremas, alguns direitos fundamentais do cidadão não são passíveis de flexibilização, haja vista a desproporcionalidade entre o bem jurídico restringido e o bem jurídico protegido. Assim, a título de exemplo, jamais se poderia admitir a tortura como meio probatório, vez que essa é a forma mais desprezível de desrespeito aos direitos fundamentais do cidadão.

No que atine às provas ilícitas por derivação, não obstante o Supremo Tribunal Federal ter firmando entendimento pela inadmissibilidade dessas provas que, embora colhidas licitamente, decorreram de informações obtidas de forma ilícita, permanece a controvérsia sobre o tema, já que a Suprema Corte adotou a teoria americana do *fruits of poisonous tree*, mas deixou de enfrentar questões relevantes sobre as exceções à exclusão da prova derivada existente na jurisprudência norte americana, bem como sobre a adequação dessa teoria ao modelo de processo penal brasileiro que, tradicionalmente, procura resolver os conflitos entre direitos fundamentais através da ponderação de valores no caso concreto, como ocorre no direito alemão.

Em relação às conseqüências da decretação da ilicitude da prova, os tribunais têm entendido que a presença de uma prova ilícita no inquérito policial ou no processo não enseja sua anulação, desde que existam outros elementos de prova suficiente para justificar a continuidade das investigações ou do processo. Da mesma forma, existindo provas suficientes fundamentando a sentença, esta será válida, ainda que no processo exista uma prova ilícita.

Pelo fio do exposto, não se pode dizer que a regra contida no art.5º, LVI, CF, que prevê a vedação da utilização da prova obtida por meios ilícitos, seja absoluta. A vedação constitucional às provas ilícitas deve ser entendida com temperamento e, sob circunstâncias excepcionais, deve ceder, em homenagem à própria sobrevivência do sistema jurídico nacional. Assim, parece evidente que, para a perfectibilização desse comando, deveremos confiar em nossos magistrados, a fim de que esses não cometam atos de puro

arbítrio - o qual é justamente combatido pelo princípio da proporcionalidade. As decisões, nessa medida, deverão ser cautelosamente fundamentadas, expondo todos os motivos que influenciem o convencimento pela aceitação da prova *prima facie* proibida, aos fins de prestigiar o Estado de Direito. A segurança jurídica, então, brotará da uniformização da jurisprudência, mediante a elaboração de critérios objetivos e abstratos para análise e valoração da aludida prova.

9. REFERÊNCIAS

Livros:

AVOLIO, L. F. T., *Provas ilícitas: interceptação telefônicas e gravações clandestinas, atualizado em face da Lei 9.296/96 e da jurisprudência* – 2ª. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. *As nulidades no processo penal*, 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

KNIJNIK, Danilo. *A Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa e o Discurso da Suprema Corte na Decisão de 16-12-93*. Revista da Ajuris nº 66. ano XXIII. Março de 1996.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*, 16ª edição, ed. Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova Penal (Doutrina e Jurisprudência)*. 2ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 22ª ed., 2003.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980-1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

Legislação:

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. *Legislação Brasileira*. Antônio Carlos Figueiredo, organizador. São Paulo: Primeira Impressão, 2005.

Pesquisas (artigos on-line, matérias de jornais, periódicos e outros documentos):

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as provas ilícitamente obtidas*. Disponível em:

<http://www.foreense.com.br/Atualida/Artigos.htm> (acesso em 15.06.06).