



UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

Curso de Direito

RICHARD SANTOS CUSTÓDIO

Da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal

Niterói

2005

RICHARD SANTOS CUSTÓDIO

Da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal

Monografia apresentada para obtenção do Título de bacharel em Direito da Universidade Estácio de Sá, no dia \_\_\_\_/\_\_\_\_/2005.

Orientador: Professor Cláudio Henrique Viana

Niterói

2005

RICHARD SANTOS CUSTÓDIO

Da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal

Monografia apresentada para obtenção do Título de  
bacharel em Direito da Universidade Estácio de Sá,  
no dia \_\_\_\_/\_\_\_\_/2005.

Aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/2005

BANCA EXAMINADORA

---

Presidente: Nome do Orientador

---

Nome do 1º Examinador

---

Nome do 2º Examinador

## RESUMO

Este trabalho trata de um assunto de extrema relevância para a efetiva proteção dos direitos e garantias individuais e uma importante limitação à atividade persecutória do estado no que se refere ao direito à prova. Em que pese estar previsto de maneira expressa na Carta Política de 1988 a vedação da prova ilícita no processo penal, ainda assim, tem sido tormentosa a interpretação dada ao inciso LVI do art. 5º da Constituição tendo em vista que, não raras vezes, o julgador ao apreciar a matéria atinente a prova ilícita, tem que julgar o confronto de outros direitos materiais tão ou mais importantes que a aludida norma. Nesse passo, é necessário adotar uma interpretação à luz da doutrina e jurisprudência no que se refere à extensão e alcance, no processo penal, do mencionado dispositivo buscando tornar efetiva o mencionado dispositivo. Assim sendo, esse estudo apresenta uma construção da evolução histórica do direito à prova, bem como dos princípios fundamentais que garantem as partes a produção dos elementos essenciais para o desenvolvimento e formação do provimento judicial. Aborda o estudo da prova ilícita no processo penal à luz da previsão normativa, doutrina e jurisprudência, bem como, apresenta as correntes doutrinárias formadas em torno do assunto em exame. Posteriormente, aborda os dois pontos de discussão mais acalorados em relação ao tema em comento que é o confronto da regra da inadmissibilidade da prova ilícita no processo com a Teoria da Proporcionalidade e a Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada. Por fim, encerra, ainda, um tópico específico sobre as conseqüências da prova ilícita no processo penal, extraídas dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, objetivando aproximar o conhecimento teórico apreendido nesse estudo da aplicação prática pelos tribunais.

**Palavras-Chave:** Prova ilícita – Processo Penal – Inadmissibilidade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	3
<b>CAPÍTULO I – DO DIREITO À PROVA</b> .....	7
1.1. O PROCESSO PENAL E O DIREITO À PROVA .....	7
1.1.1. <b>Evolução do Direito à Prova no Direito Comparado</b> .....	8
1.1.2. <b>O Direito à Prova e a Garantia de Ação e Defesa</b> .....	10
1.1.3. <b>O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa</b> .....	12
1.1.4. <b>Sistemas de Valoração da Prova</b> .....	13
1.1.5. <b>Limitações à Prova e ao Livre Convencimento do Juiz</b> .....	16
<b>CAPÍTULO II – DAS PROVAS ILÍCITAS</b> .....	17
2.1. AS PROVAS ILÍCITAS E O PROCESSO PENAL .....	17
2.1.1. <b>Provas ilícitas e a Constituição</b> .....	18
2.1.2. <b>Disciplina no Direito Processual Penal Brasileiro</b> .....	19
2.1.3. <b>Admissibilidade das provas ilícitas no processo penal: correntes doutrinárias</b> .....	20
2.1.3.1. <i>Pela admissibilidade das provas ilícitas no processo penal</i> .....	21
2.1.3.2. <i>Pela inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal</i> .....	22
2.1.4. <b>As Provas Ilícitas e a Legítima Defesa</b> .....	23
2.1.5. <b>Entendimento do STF e STJ em relação ao tema</b> .....	24
<b>CAPÍTULO III – DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE</b> .....	27
3.1. PROVAS ILÍCITAS E A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE .....	27
3.1.1. <b>Teoria da Proporcionalidade e prova ilícita <i>pro reo</i></b> .....	31
3.1.2. <b>Teoria da Proporcionalidade e prova ilícita <i>pro societate</i></b> .....	33
3.1.3. <b>Críticas a Teoria da Proporcionalidade</b> .....	34
3.1.4. <b>Posicionamento da Suprema Corte Constitucional</b> .....	35
<b>CAPÍTULO IV – DAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO E AS CONSEQÜÊNCIAS DO USO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL</b> .....	38
4.1. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO .....	38
4.2. ENTENDIMENTO DO STF .....	41
4.3. CONSEQÜÊNCIAS DO USO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL .....	43
<b>CONCLUSÃO</b> .....	52
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	54

## INTRODUÇÃO

No processo penal, a prova é indispensável para formar o convencimento do juiz. Tendo em vista que este não está presente quando da ocorrência da infração penal é através das provas trazidas aos autos que se torna possível fazer uma reconstituição histórica dos fatos ocorridos e o magistrado, convencendo-se da veracidade das alegações trazidas ao processo, cumprirá o seu poder-dever de prestar a tutela jurisdicional no caso concreto, decidindo a causa.

Inferre-se dessa assertiva que a prova é essencial para o desenvolvimento de toda a dialética processual, uma vez que é com fundamento nas provas que se alicerça toda a dialética processual.

Em consonância com o exposto, o tema desse trabalho é a prova ilícita no processo penal levando-se em consideração o que dispõe o inciso LVI, do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil que dita serem inadmissíveis no processo as provas ilícitas e toda a discussão doutrinária e jurisprudencial travada em torno do assunto.

A questão principal que se coloca é a interpretação que deve ser dada ao aludido dispositivo da Carta Magna que afirma serem inadmissíveis no processo as provas ilícitas. É certo que uma interpretação rígida do mandamento constitucional pode levar ao cometimento de injustiças mais graves do que o seu não atendimento. Nesse momento, se questiona o que deve prevalecer na persecução penal, a apuração do ilícito penal ainda que fundado na prova ilícita, a vedação da prova ilícita com a conseqüente impunidade do infrator dando, nesse caso, privilégio aos seus direitos e garantias individuais ou, ainda, a proteção do interesse de

toda a coletividade na sua segurança e repressão de crimes graves como o tráfico ilícito de entorpecentes, crimes do colarinho branco e o crime organizado, mesmo que fundado em provas, à princípio, vedadas pelo dispositivo constitucional.

O tema tem grande importância no contexto sócio-jurídico, já que repercute na esfera dos principais direitos e garantias do indivíduo quando em confronto com a atividade persecutória do Estado e direitos de outros indivíduos bem como, nos direitos e garantias de toda a coletividade, quando refém das atividades ilícitas do crime organizado.

O objetivo da pesquisa é demonstrar o alcance do mandamento Constitucional que dita serem inadmissíveis as provas ilícitas no processo penal. Buscar elucidar os pontos de divergência doutrinária quando houver o confronto com a teoria da proporcionalidade e a teoria dos frutos da árvore envenenada. Cabe, ainda, destacar o posicionamento do STF no enfrentamento dos temas propostos à discussão, bem como do STJ e demais Tribunais pátrios.

Numa síntese, o trabalho busca esclarecer os pontos de dissonância, procurando estabelecer um consenso que conduza a uma forma mais adequada e equânime de interpretar o princípio constitucional para resguardar, tanto os direitos e garantias individuais, quanto os de toda uma coletividade.

O presente trabalho apresenta uma metodologia baseada em referencial teórico consistente, especificamente, na análise de livros, dissertações, textos de *internet*, artigos especializados, documentos normativos e jurisprudências que fazem parte do vasto campo de documentos relativos à pesquisa bibliográfica, que sugerem, através dos conceitos e idéias, fundamentos necessários para a discussão do tema em questão e, posteriormente, desenvolvimento do ensaio através da formulação de conceitos próprios que, para melhor compreensão, foi dividido em capítulos cujo conteúdo é o que se segue.

Inicialmente, o primeiro capítulo traz os conceitos de processo e da prova, essenciais para a compreensão do tema bem como, a evolução histórica do direito à prova no direito

comparado para propiciar o conhecimento de como se deu o desenvolvimento desse instituto no direito processual alienígena. Aborda os princípios constitucionais corolários do direito à prova no direito nacional que garantem às partes o direito de produção dos elementos necessários à prestação da tutela jurisdicional adequada e justa. Encerra, ainda, comentário sobre os sistemas de valorização da prova e sua evolução à luz da doutrina colacionada.

O segundo capítulo, que trata especificamente das provas ilícitas, encerra o conceito de prova ilícita de maneira a delimitar o objeto da discussão travada nos tópicos seguintes. Apresenta uma abordagem do tema em relação ao que prevê a Constituição e as normas processuais internas. Posteriormente, expõe as correntes doutrinárias desenvolvidas em torno da discussão proposta e, no encerramento do capítulo, traz o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em relação ao assunto, extraído da análise da jurisprudência das aludidas Cortes.

O capítulo terceiro aborda a discussão em torno do confronto do princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo com a *Teoria da Proporcionalidade*, em que este tem atenuado a aplicação daquela regra em casos excepcionais e de grande gravidade. Apresenta as correntes doutrinárias que defendem, *in casu*, o uso da prova ilícita *pro reo* e a vertente oposta, que defende o uso também *pro societate*, mitigando o princípio constitucional por meio do uso da proporcionalidade. Traz as principais críticas ao uso da proporcionalidade, bem como, a resposta para as censuras apresentadas e, ao final, o posicionamento do STF em relação às formulações propostas.

Por oportuno, a primeira parte do quarto capítulo, aborda outro ponto sensível em relação ao tema desenvolvido nesse estudo que é a *doutrina das provas ilícitas por derivação* (*fruits of the poisonous tree*) que dita, serem inadmissíveis no processo, não só as provas inicialmente ilícitas, bem como todas aquelas que, embora colhidas licitamente, derivem da prova inicial ilícita. Nessa parte, apresenta os conceitos formulados através da doutrina



analisada e, ao final, apresenta o entendimento do STF em relação ao tema através da jurisprudência colacionada no tópico.

Por fim, a segunda parte do Capítulo IV encerra uma síntese dos reflexos advindos do uso da prova ilícita no processo penal extraídos da pesquisa das jurisprudências do STF e STJ – colacionadas –, de modo a aproximar a abordagem teórica desenvolvida nesse estudo com o que vem sendo decidido na prática pelas mais altas cortes do país.

## CAPÍTULO I – DO DIREITO À PROVA

### 1.1 O PROCESSO PENAL E O DIREITO A PROVA

A finalidade do processo é reconhecer e estabelecer uma verdade jurídica que deve emanar de um procedimento em contraditório em que as partes tenham a possibilidade de influenciar no desenvolvimento do processo e no seu resultado final.

Tendo em vista que o juiz não está presente quando da ocorrência da infração penal, é através das provas trazidas aos autos que se torna possível fazer uma reconstituição histórica dos fatos ocorridos e o magistrado, convencendo-se da veracidade das alegações trazidas ao processo, cumprirá o seu poder-dever de prestar a tutela jurisdicional no caso concreto, decidindo a causa.

Dessa forma, nota-se que a prova – todo elemento trazido aos autos com o objetivo de formar a convicção do magistrado a respeito do acontecimento de determinado fato – assume um papel central no deslinde das questões trazidas ao judiciário.

Corroborando com esse entendimento, afirma Fernando Capez<sup>1</sup>:

O tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que *as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual*. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se profundos debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

---

<sup>1</sup> CAPEZ, Fernando *apud* BATISTA, Silas Soares. *A admissibilidade, no processo penal, da prova obtida mediante gravação telefônica feita por um dos interlocutores*. [on line]. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 26 ago. 2005.

Por isso, torna-se indispensável fazer um estudo do desenvolvimento histórico desse instituto bem como dos princípios norteadores da atividade probatória e dos limites traçados pelas normas internas a essa atividade.

### 1.1.1 Evolução do Direito à Prova no Direito Comparado

A caracterização do direito à prova conhecido atualmente é o resultado de uma paulatina evolução jurisprudencial que teve início nas cortes alemãs e depois, na Itália, obteve a sua maior expressão<sup>2</sup>.

Na Alemanha, o direito das partes de propor os meios de prova adveio de uma decisão (*rechtliches Gehör*) de 1957 atinente a um procedimento civil de natureza inquisitória. Na referida decisão ressaltou-se que o poder atribuído ao juiz de produzir provas *ex officio* não exclui um direito autônomo das partes de propor meios de prova.

Posteriormente, em outra decisão datada de 14/10/1958, aduzida por Trocker<sup>3</sup>, afirmou-se que:

o princípio do *rechtliches Gehör* não compreende um direito de produção de determinada prova; aquele princípio reputa-se respeitado quando as partes gozam da *oportunidade de pronunciar-se sobre fatos relevantes ao julgamento*. O indeferimento de um requerimento de prova não impede ao interessado de aduzir no curso da instrução sobre fato ou fatos que pretendia demonstrar através da prova que lhe foi oferecida.

Segundo essa orientação jurisprudencial *o direito de ação e de defesa implicava apenas num direito de propor os meios de provas previsto no ordenamento*, enquanto que a efetiva introdução desses meios de prova no processo ficava ao arbítrio do juiz.

---

<sup>2</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da Lei 9.296/96 e da jurisprudência*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 29.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 30.

Dessa construção da jurisprudência alemã veio alude um importante elemento de garantia, qual seja, o direito de requerer livremente as provas necessárias para o exercício do direito das partes de influir no convencimento do magistrado.

Na Itália, por sua vez, a corte constitucional, manifestou-se pela inconstitucionalidade de normas que colocavam os interessados na impossibilidade de provar a existência ou inexistência de determinados fatos dos quais a constatação iria refletir no reconhecimento da situação de vantagem.

Tais normas, no geral, remetiam a um órgão administrativo a verificação da existência daqueles fatos e essa constatação, além de ser exclusiva, vinculava a autoridade judiciária. Ademais, impedia que a parte interessada pudesse se valer de qualquer meio de prova garantido às partes em juízo e, em consequência disso, ficavam fadadas ao insucesso, pois não tinha como influenciar no desenvolvimento do processo.

A Corte Constitucional italiana preocupou-se, dessa forma, que não fosse negado o direito das partes de submeter ao juiz os elementos de prova, bem como zelou para que o aludido direito não sofresse limitações ou restrições arbitrárias.

Posteriormente, novamente na jurisprudência da corte federal alemã, evoluiu-se para o princípio que leva em conta a relevância da prova a ser produzida em juízo. De acordo com esse princípio formulado, caso a prova indicada pela parte fosse essencial para a comprovação das alegações levadas a juízo, o magistrado teria a obrigação de receber e tomar conhecimento dos requerimentos probatórios ofertados pelas partes.

Nesse diapasão, seguindo o princípio geral formulado por Trocker, concluiu Luiz Francisco Torquato Avolio<sup>4</sup> pela seguinte proposição:

*As partes têm um direito constitucional garantido de ver produzidas no processo as provas indicadas e propostas que representam uma efetiva*

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 34.

*relevância ou utilizada para a resolução da controvérsia*; a este direito corresponde a obrigação do juiz de introduzir tais meios de prova, sob pena de violação do preceito do art. 103, § 1º, do *Gundgesetz*.

Atualmente, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Penal em 1988, toda a discussão em torno da noção de “interesse” restou superada na corte alemã tendo em vista que, a citada norma processual previu, expressamente, o direito à prova.<sup>5</sup>

### 1.1.2 O Direito à Prova e a Garantia de Ação e Defesa

Há tempos, o Estado vedou a chamada autotutela e chamou para si a responsabilidade pela resolução dos conflitos de interesse ocorridos dentro do território sob sua jurisdição. Todavia, conferiu as pessoas, o direito de ir ao judiciário manifestar as suas pretensões declinando das razões que lhe embasam o pedido de reconhecimento de seu direito.

Na Constituição da República de 1988, encontramos disposto no art. 5º, inciso XXXV, o *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional* segundo o qual, fica garantido a todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos o acesso aos órgãos judiciais, não podendo a lei vedar esse acesso. Emerge desse princípio constitucional o direito de ação que garante, a qualquer pessoa, a possibilidade de provocar a atuação do Estado-juiz para a solução dos conflitos de interesses surgidos no convívio social. Afirma o aludido dispositivo que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Dessa maneira, todos os conflitos de interesse que tenham relevância jurídica passaram a ser levados ao Judiciário para que as partes no exercício do seu direito de ação possam, através do processo – todo procedimento em contraditório com o fim de se obter prestação da tutela judicial – buscar a solução do certame.

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 35.

O direito de ação é o poder que tem a parte de exercer posições jurídicas ativas no processo jurisdicional, preparando o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional.<sup>6</sup> Insere-se nesse conceito não apenas o direito de demandar ao judiciário, mas ainda, do ponto de vista da efetiva defesa do acusado no processo penal, o direito de defesa.

Todavia, o dispositivo Constitucional trazido à colação, não garante apenas que a parte possa levar ao judiciário o conhecimento das suas pretensões. Pois de nada adiantaria que fosse aos litigantes garantido o direito de ir à juízo sem a efetiva possibilidade de comprovar as suas alegações deduzidas no processo de forma a auxiliar no convencimento judicial.

Se o escopo do direito de ação e de defesa é o de dar ao interessado uma adequada oportunidade de interferir sobre o desenvolvimento e o êxito do julgamento, pareceria evidente que o exercício concreto desse direito seja essencialmente subordinado à efetiva possibilidade da parte servir-se dos instrumentos apropriados, as provas, com as quais se procura verificar a ocorrência de determinado evento.

Nesse ponto, a atividade probatória assume um *status* de fundamental importância para a formação do provimento judicial já que é a legítima manifestação do direito de ação e defesa. Do contrário, o direito de ação e de defesa restaria completamente esvaziado se o seu legítimo detentor não pudesse se servir dos meios idôneos para a demonstração da veracidade dos fatos.

Do exposto, conclui-se que o direito à produção de provas úteis e relevantes ao enfrentamento e solução dos litígios tem como origem e fundamento o próprio direito de ação e defesa disposto na Carta Política de 1988 que, como visto, garante às partes o direito de provocar a atuação do Estado-Juiz e, ainda, o mais importante, influenciar no

---

<sup>6</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2001. 1v. em 3. p. 105.

desenvolvimento e formação da convicção do agente estatal responsável pela prestação jurisdicional através dos elementos levados ao seu conhecimento.

### 1.1.3 O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

O contraditório é a manifestação da bilateralidade dos atos e termos processuais e a possibilidade que têm as partes de contrariá-los. Em suma, é o direito que tem as partes de tomarem conhecimento dos atos e acontecimentos do processo e a correspondente possibilidade de reagir e confrontar aqueles que lhes sejam desfavoráveis.

Segundo Alexandre de Moraes:

O contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.<sup>7</sup>

Saliente-se, todavia, que o contraditório não se resume apenas a um direito de defesa da parte, refere-se também a um direito de influenciar ativamente no desenvolvimento e resultado do processo, uma garantia substancial de incidir ativamente nos atos processuais.

Atualmente o contraditório é uma garantia constitucional esculpida no art. 5º, inciso LV da Carta Magna, *in verbis*:

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

---

<sup>7</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 93.

Da mesma forma que o direito de ação e defesa serve de fundamento para o direito que as partes têm de propor ao judiciário as provas que servirão de sustentação para as suas pretensões, do *Princípio do Contraditório*, sufragado na Carta Política, deriva o direito que têm as partes de trazer para o processo os elementos para o enfrentamento das questões relevantes que, posteriormente, irão formar a convicção do magistrado.

Do exposto, pode-se afirmar que no âmbito do direito probatório, o contraditório manifesta-se na oportunidade que as partes têm para requerer a produção de provas, o direito de participarem diretamente de sua realização, bem como o direito de se pronunciarem a respeito do seu resultado.<sup>8</sup>

Logo, o direito ao contraditório, bem como o direito de ação, servem de fundamento para o direito das partes de produzirem no processo aquelas provas relevantes para a solução do litígio. Negar a produção dessas provas é contrariar o texto constitucional e se traduz num ato contaminado de ilegalidade.

#### 1.1.4 Sistemas de Valoração da Prova

O sistema de valoração da prova, assim como todo o direito probatório, passou por uma profunda evolução histórica até chegar ao sistema atual. Inicialmente a prova era banhada de superstição e o conceito de delito estava intimamente ligado à idéia de ofensa a uma divindade (juízos dos deuses). Nesses tempos mais remotos eram utilizados os meios de prova mais estapafúrdios e cruéis (água fervente, fogueira), pois se acreditava que o acusado, caso fosse inocente, estaria protegido pela divindade.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> PETRY, Vinícius Daniel. *A prova ilícita*. [on line]. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 26 ago. 2005.

<sup>9</sup> CÂMARA, *op. cit.*, p. 349.



Depois se evoluiu para um sistema da prova legal em que a norma atribuía a cada tipo de prova um valor de forma que o resultado do processo era mais uma aplicação de uma regra matemática. Dessa forma, ao final do processo, restava com a razão aquele que obtivesse uma maior pontuação, vencendo aquele que fosse o melhor estrategista.<sup>10</sup>

Superada essa fase, chegou-se ao sistema da íntima convicção em que o juiz podia decidir a causa de acordo com o seu convencimento utilizando quaisquer elementos, inclusive impressões pessoais e extraprocessuais.<sup>11</sup>

Atualmente, com raras exceções (tribunal do júri), adota-se o *sistema do livre convencimento* (livre convencimento motivado ou ainda, da persuasão racional) que se caracteriza pela liberdade do juiz em formar o seu convencimento, desde que baseado em elementos constantes dos autos.<sup>12</sup>

Vale acrescentar que nesse sistema, embora o juiz tenha liberdade para apreciar o conjunto probatório trazido aos autos, deverá o magistrado ao proferir a decisão judicial motivá-la – demonstrar os fundamentos que o levou a tomar a decisão bem como, o substrato jurídico em que se apóia a mesma – caso contrário, infringirá o preceito constitucional que dispõe que toda decisão judicial deve ser motivada. Assim dispõe o art. 93, inciso IX, da Constituição da República, *in verbis*:

*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.*

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 349.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 349.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 349.

Nesse diapasão, traz-se à colação a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que acolhe esse entendimento e afirma a necessidade do magistrado fundamentar o seu *decisum* e, ainda, que o mesmo deve ater-se aos elementos de prova constantes dos autos.

PENAL E PROCESSO PENAL – ROUBO QUALIFICADO TENTADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II, C/C ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL) – ROUBO QUALIFICADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL) – LATROCÍNIO TENTADO (ARTIGO 157 § 3º, IN FINE, C/C ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL) – *PROVAS – VALORAÇÃO – PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – PRIMARIEDADE – RECONHECIMENTO – ANIMUS NECANDI – AUSÊNCIA – DESCLASSIFICAÇÃO – PROVAS – INVIABILIDADE – O magistrado forma sua convicção pela livre apreciação da prova, sendo, da mesma forma, livre em sua escolha, aceitação e valoração. O juiz fica adstrito às provas constantes nos autos, mas é livre para buscar a verdade real, fundamentando a decisão. A sentença reconheceu a primariedade do réu, contudo, não é hábil a afastar a gravidade dos delitos, tampouco as circunstâncias judiciais desfavoráveis. O réu disparou a arma de fogo contra a vítima em região letal, evidenciando sua intenção homicida. O resultado da conduta foi objetivamente previsto pelo réu, as lesões eram suscetíveis de levar a vítima a óbito, caracterizando o início da execução de crime de latrocínio tentado. Negou-se provimento ao recurso. Unânime. (TJDF – APR 20010510071430 – DF – 2ª T.Crim. – Rel. Des. Vaz de Mello – DJU 04.02.2004 – p. 53)<sup>13</sup>*

A razão da exigência de fundamentação de todos os julgamentos do Poder Judiciário deve-se, primeiro, à maior possibilidade de controle da atividade judicial e, segundo, possibilitar que o jurisdicionado tome conhecimento dos motivos que levou o magistrado a decidir e possa, ainda, exercer o seu legítimo direito de contraditório e ampla defesa confrontando, caso necessário, a decisão judicial.

No que tange à limitação do juiz de ficar restrito às provas constantes dos autos, deve-se essa assertiva ao direito ao contraditório, pois caso assim não fosse, seriam produzidos

---

<sup>13</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Prova emprestada ilícita. APR nº 20010510071430, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Brasília, DF, 4 de fevereiro de 2004. DJU, p. 53. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

elementos aos quais as partes não teriam a oportunidade de conhecer e se manifestar, o que vulneraria a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa.

#### **1.1.5 Limitações à Prova e ao Livre Convencimento do Juiz**

Em que pese a liberdade para produção da prova assegurada pelo princípio do contraditório e decorrente de um substancial direito de ação e de defesa e, ainda, ao princípio do livre convencimento motivado do juiz, a liberdade tanto na produção quanto na apreciação da prova não é absoluta.

No que se refere ao estudo em pauta, interessa-nos a limitação à prova disposta no art. 5º, inciso LVI da Constituição da República que dispõe serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas com a vulneração de algum direito substancial previsto em normas e princípios Constitucionais e das Leis. É o que se passará a tratar no Capítulo seguinte.

## CAPÍTULO II – DAS PROVAS ILÍCITAS

### 2.1 AS PROVAS ILÍCITAS E O PROCESSO PENAL

Como afirmado anteriormente, no processo penal a prova é indispensável para formar o convencimento do juiz.

Aduziu-se ainda que, diferentemente do que ocorria nos tempos mais remotos, vigora atualmente, o sistema do livre convencimento motivado ou ainda da persuasão racional em que, o magistrado, tem a ampla liberdade para avaliar os elementos trazidos aos autos e que irão contribuir para o seu ofício de julgar.

No entanto, com relação aos meios ou espécies de prova, encontra-se no ordenamento jurídico algumas limitações para a sua utilização, pois a liberdade de produção e valoração da prova não é absoluta. Essas limitações são impostas com o objetivo tanto de garantir as liberdades fundamentais dos indivíduos quanto para regradar a atividade persecutória do Estado, pois, como dito, no Estado Democrático de Direito as regras impostas pelo Estado garantem os direitos do jurisdicionado, mas também limitam a própria atividade estatal que deve sempre se pautar pela legalidade e moralidade.

Tendo em vista que o objeto desse estudo é o problema atinente a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal cabe, nesse ponto, distinguir as provas ilícitas, ilegítimas e ilegais. As *provas ilícitas* são aquelas colhidas com violação do direito substancial previsto em normas e princípios da Constituição e das Leis; *ilegítimas* são as que violam a norma

processual; e *ilegais* são o gênero das quais são espécies as provas ilícitas e as provas ilegítimas.<sup>14</sup>

Logo, depreende-se dos conceitos trazidos à colação que esse ensaio trata da vedação, no processo penal, das provas que violam algum direito substancial tutelado pela Carta Magna ou nas normas infraconstitucionais.

### 2.1.1 Provas ilícitas e a Constituição

Dita a Carta Política de 1988 serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI). Esse mandamento está esculpido no título que trata dos direitos e garantias fundamentais e trata-se de importante garantia contra a vulneração dos direitos individuais e ainda uma limitação à atividade persecutória do Estado.

Desse dispositivo extrai-se que o poder constituinte originário traçou as fronteiras limítrofes da atuação do Estado contra o indivíduo e deste em relação ao seu semelhante, dando prevalência aos direitos e garantias fundamentais. Logo, é inadmissível todo elemento de prova quando vulnera um direito ou garantia previsto na Constituição, tendo em vista tratar-se de uma prova ilícita.

O aludido dispositivo guarda estreita relação com outras garantias previstas no mesmo art. 5º da Constituição. A título de ilustração pode-se citar o direito à intimidade (X - *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*), a inviolabilidade do domicílio (XI - *a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*), a inviolabilidade do sigilo da

---

<sup>14</sup> MORAES, *op. cit.*, p. 95.

correspondência e das telecomunicações (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), entre outros.

Do exposto, infere-se que, sempre que a prova colidir com um direito ou garantia previsto em uma norma dessa magnitude, deverá ser vedado o seu uso no processo penal.

### **2.1.2 Disciplina no Direito Processual Penal Brasileiro**

O CPP não tem nenhuma regra que reproduza com tamanha elasticidade o mandamento previsto no art. 5º, inciso LVI, da CRFB. Ainda assim, a liberdade de prova no processo penal não é absoluta de modo a permitir todas e quaisquer espécies de meios probatórios.

No plano das normas infraconstitucionais, tanto no Código de Processo Civil (CPC) quanto no Código de Processo Penal Militar (CPPM), há regras que ditam inadmissíveis os meios de prova moralmente ilegítimos e que atentam contra a moral e a segurança individual ou coletiva.

Dita o art 332 do CPC, *in verbis*: “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 defesa”.

E o CPPM, no art 295 esclarece: “É admissível, nos termos deste Código, qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia e a disciplina militares.”

Com a promulgação da Carta Política de 1988, coube ao poder constituinte originário traçar os contornos e limites da atuação estatal frente aos indivíduos. Talvez pelo momento

histórico anterior à promulgação da Carta Magna (o regime ditatorial), o seu inciso LVI do art. 5º afirmou peremptoriamente que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.

A norma sustentada na Constituição é um limite que deve ser observado tanto pelo legislador, que não pode produzir normas jurídicas que contrariem tal mandamento, quanto ao poder judiciário, que ao interpretar o direito deve fazê-lo sistematicamente à luz do que dita à Lei Maior.

É cediço que o Direito Processual Penal é uma ciência jurídica autônoma<sup>15</sup>, tendo em vista que possui objeto e princípios que lhe são próprios. Todavia, embora os vários ramos do direito sejam didaticamente estudados de forma separada, não constituem compartimentos estanques. Logo se deve interpretar qualquer norma jurídica sistematicamente dentro de todo o ordenamento jurídico.

Ademais, o CPP é norma infraconstitucional e deve obedecer aos preceitos traçados na Lei das Leis que lhe é, na hierarquia das normas, superior. Retira-se dessa assertiva que os limites à produção da prova no processo penal derivam dos princípios constitucionais que, editados posteriormente ao CPP, servem de diretriz e fonte de interpretação para as normas subjacentes à Constituição por estarem em plano jurídico inferior.

### **2.1.3 Admissibilidade das provas ilícitas no processo penal: correntes doutrinárias**

Através dos tempos, sempre houve dissenso doutrinário e jurisprudencial no que tange à admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Mesmo após a promulgação da Constituição, persiste a dúvida, tendo em vista a indagação da possibilidade do descarte de

---

<sup>15</sup> MARQUES, Frederico *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 1v. em 4. p. 26.

prova relevante e eficaz que sustente a verdade no processo penal, por ter infringido à norma material.

Questiona-se, nesse ponto, o que deve prevalecer, a apuração da infração penal, ainda que fundada em prova ilícita ou a manutenção da impunidade do infrator com o privilégio dos direitos fundamentais esculpido na Constituição.

A doutrina tem respondido a questão das formas mais variadas. Em apertada síntese, pode-se reduzi-las em duas vertentes<sup>16</sup>, os que propugnam pela admissibilidade das provas ilícitas e, em corrente diametralmente oposta, os que sustentam a inadmissibilidade.

#### 2.1.3.1 *Pela admissibilidade das provas ilícitas no processo penal*

Sustentam os defensores dessa corrente que a prova ilícita apenas deve ser repugnada no processo, quando o próprio ordenamento jurídico o determinar expressamente. Afirmam que o problema jurídico da admissibilidade da prova não diz respeito à forma pela qual ela foi obtida e frisa que o importante é verificar se a sua introdução no processo é consentida, em abstrato, sendo irrelevante a consideração dos meios utilizados para a sua colheita, em concreto.

Nesse sentido, Fernando de Almeida Pedrozo<sup>17</sup> dita que “se o fim precípua do processo é a descoberta da verdade real, crível é que, se a prova ilegalmente obtida ostentar essa verdade, seja ela aceita, havendo de ser instaurada, entretanto, contra aqueles que a obtiveram de forma ilícita, a devida persecução penal, diante da infração de disposições penais e pela violação dos direitos do réu.”

---

<sup>16</sup> MOURA, *op. cit.*, p. 2.

<sup>17</sup> PEDROZO *apud* MOURA, *op. cit.*, p. 3.



Nesse sentido, comentou Vinícius Daniel Petry<sup>18</sup> que:

deve prevalecer o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, sendo que a ilicitude na obtenção da prova não deve ter o condão de retirá-la o valor que possui como elemento útil para formar o convencimento do Julgador. Não obstante a validade e eficácia de aludidas provas, o infrator ficará sujeito às sanções previstas pelo ilícito cometido.

Em resumo, para essa corrente doutrinária, admite-se a prova ilícita que sustente a verdade dos fatos, em detrimento dos direitos e garantias individuais, com a punição daquele que realizou a sua colheita infringindo a norma jurídica.

#### 2.1.3.2 *Pela inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal*

Outra parte da doutrina, majoritária, sustenta que a prova ilícita deve ser repudiada sempre, tendo em vista que as normas constitucionais relevantes ao processo têm a dimensão de garantia que interessa à ordem pública e à boa condução do processo. A contrariedade a essas normas acarreta sempre a ineficácia do ato processual, seja por nulidade absoluta, seja pela própria inexistência, tendo em vista que a Lei Maior dita inadmissível a prova obtida por meios ilícitos.

Nesse diapasão, afirma Ada Pellegrini Grinover<sup>19</sup> 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 conduz à categoria da inexistência. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas.

---

<sup>18</sup> PETRY, Vinícius Daniel. A prova ilícita. [on line]. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 26 ago. 2005.

<sup>19</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* MOURA, *op. cit.*, p. 3.

Em consonância com esse entendimento, Francisco das Chagas Lima Filho<sup>20</sup>, afirma:

a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais altos e relevantes que possam se apresentar os fatos apurados.

Ademais, o Estado deve se pautar sempre por condutas legais e legítimas, não devendo vulnerar as liberdades públicas, ainda que sob a alegação de preservar os interesses de uma coletividade.

#### 2.1.4 As Provas Ilícitas e a Legítima Defesa

O mandamento Constitucional que veda a utilização das provas ilícitas no processo penal busca a proteção das liberdades públicas e a garantia dos direitos fundamentais. Todavia, a proteção dessas liberdades públicas, não pode servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas. Assim sendo, os indivíduos que ao praticarem atos ilícitos vulnerando uma liberdade pública de terceira pessoa não pode, mais tarde, alegar em sua defesa a ilicitude de determinadas provas para afastar a sua responsabilidade.<sup>21</sup>

Para exemplificar pode-se citar o caso de uma gravação telefônica realizada pela vítima, sem o conhecimento de um dos interlocutores, para comprovar a prática de uma extorsão. Neste caso, o agente criminoso primeiro ofendeu a vítima e esta, no exercício do direito constitucional à legítima defesa, obteve a prova para responsabilizar o infrator.

Esta a lição de Alexandre de Moraes<sup>22</sup> que afirma:

não se trata do acolhimento de provas ilícitas em desfavor dos acusados e, conseqüentemente, em desrespeito ao art. 5º, inciso LVI, da Constituição

---

<sup>20</sup> LIMA FILHO, Francisco das Chagas *apud* PETRY, Vinícius Daniel. A prova ilícita. [on line]. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 26 ago. 2005.

<sup>21</sup> MORAES, *op. cit.*, p. 100.

<sup>22</sup> MORAES, *op. cit.*, p. 101.

Federal. O que ocorre na hipótese é a ausência de ilicitude dessa prova, vez que aqueles que a produziram agiram em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas anteriormente ilícitas. Assim agindo – em legítima defesa – a ilicitude na colheita da prova é afastada, não incidindo, portanto, o inciso LVI, do art. 5º, da Carta Magna.

Conclui-se, pelo esposado neste tópico que a ilicitude da prova é afastada por uma excludente da ilicitude, qual seja, a legítima defesa. Outros autores, entretanto, sustentam que além da caracterização da excludente da ilicitude, trata o caso de uma manifestação da proporcionalidade.<sup>23</sup>

#### **2.1.5 Entendimento do STF e STJ em relação ao tema**

A Suprema Corte Constitucional, mesmo em época anterior à promulgação da CRFB/1988, já vinha sufragando o entendimento de que as provas ilícitas são inadmissíveis no processo penal. Após a edição da aludida norma constitucional, restringiu-se ainda mais a margem de interpretação do aplicador do Direito e, em sendo assim, o STF apenas reafirmou a linha de ação daquela Corte antes da edição da aludida norma.

Nesse sentido, traz-se à colação, julgados do STF que acolhem tal entendimento:

HABEAS CORPUS – [...] 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado. [...]6. Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento

---

<sup>23</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 111.

de prova ilícita. (STF – HC 80948 – ES – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 19.12.2001 – p. 4).<sup>24</sup>

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, a 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 da infração penal objeto da investigação ou da imputação. [...] (STF – HC 80949 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 14.12.2001 – p. 26).<sup>25</sup>

A mais Alta Corte Legal do país, não poderia entender de forma diferente. Assim sendo, tem julgado na esteira do entendimento ditado pelo STF e, também, não vem admitindo as provas ilícitas nos processos em que atua. Aduz-se a seguir julgados nesse sentido:

CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – RECURSO DE HABEAS-CORPUS – BUSCA E APREENSÃO – DESCONSTITUIÇÃO POR ORDEM JUDICIAL – RETENÇÃO INDEVIDA – PROVA ILÍCITA – INSTRUÇÃO EM INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – [...] É ilegal a retenção de equipamentos apreendidos em busca e apreensão, em desrespeito a decisão judicial, consubstanciando prova ilícita os elementos colhidos nos citados equipamentos, imprestáveis para embasar a propositura de ação penal. [...] (STJ – RHC 12717 – MG – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 28.10.2002).<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corporis*. Obtenção de provas por meio ilícito. *Habeas-corporis* nº 80.948, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 19 de dezembro de 2001. DJU, p. 4. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corporis*. Cabimento: prova ilícita. *Habeas-corporis* nº 80.949, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 14 de dezembro de 2001. DJU, p. 26. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

<sup>26</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Recurso em Habeas-corporis*. Prova ilícita. *Recurso em Habeas-corporis* nº 12.717, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 28 de outubro de 2002. DJU. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – INIMPUTABILIDADE – RECURSO – NOVO LAUDO – PROVA EMPRESTADA – PRONÚNCIA – NULIDADE – [...] Laudo pericial realizado em outro processo e anexado por cópia na fase recursal constitui prova emprestada, qualificada como prova ilícita, porque produzida com inobservância dos princípios do contraditório e do devido processo legal, não se prestando para embasar sentença de pronúncia. Habeas corpus concedido. (STJ – HC – 14216 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 12.11.2001 – p. 174).<sup>27</sup>

CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS-CORPUS – PRISÃO EM FLAGRANTE – AÇÃO PENAL – PROVA ILÍCITA, VIOLAÇÃO A DOMICÍLIO – TRANCAMENTO – [...] São desprovidas de validade jurídica o auto de prisão em flagrante e a subsequente ação penal fundados em provas ilícitas, obtidas por meio de operação policial realizada com vulneração ao princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio. Recurso ordinário provido. Habeas-corpus concedido. (STJ – RHC 8753 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 11.12.2000 – p. 244).<sup>28</sup>,

Dessa forma, tanto o STF quanto o STJ, tem dado privilégio às liberdades públicas ainda que, para isso, tenha que sacrificar o descobrimento da verdade no processo penal. Nesse ponto, concordam em não permitir que se vulnere um princípio constitucional inerente à dignidade humana em detrimento da descoberta da verdade no processo penal.

Como restou demonstrado, domina tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o entendimento segundo o qual é inadmissível as provas ilícitas no processo, ainda que sejam relevantes para o descobrimento da verdade no processo.

Entretanto, dois pontos ainda cinzentos têm dividido tanto os tribunais pátrios quanto a doutrina. Trata-se da aplicação da chamada *Teoria da Proporcionalidade* e o tema referente as *provas ilícitas por derivação*.

A discussão sobre o primeiro dissenso será desenvolvido no Capítulo seguinte enquanto que, o segundo ponto, será desenvolvido em Capítulo subsequente.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Prova emprestada ilícita. *Habeas-corpus* nº 14.216, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 12 de novembro de 2001. DJU, p. 174. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

<sup>28</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Recurso em Habeas-corpus*. Prova ilícita, violação a domicílio. *Recurso em Habeas-corpus* nº 8.753, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 11 de dezembro de 2000. DJU, p. 244. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

## CAPÍTULO III – DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

### 3.1 PROVAS ILÍCITAS E A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Como restou demonstrado, o entendimento dominante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é no sentido da vedação do uso das provas ilícitas no processo penal, em respeito ao dispositivo Constitucional previsto no inciso LVI, do art. 5º da CRFB/1988.

Todavia, tendo em vista que nenhum princípio constitucional pode ser aplicado de forma absoluta e, sob pena de levar o seu uso ao cometimento de graves injustiças, necessário se tornou adotar uma interpretação doutrinária que permitisse, em casos excepcionais de extrema necessidade e gravidade, minorar a aplicação desse princípio constitucional.

Trata-se nesse caso, da Teoria da Proporcionalidade<sup>29</sup> que, tendo surgido nos tribunais da Alemanha Federal onde alcançou, mais tarde, sua maior expressão (denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*) e depois, ter sofrido ainda, uma importante evolução na jurisprudência dos Estados Unidos, onde ficou conhecida como *Doutrina da Razoabilidade*, tem permitido atenuar a aplicação da vedação constitucional das provas ilícitas no processo.

Nos Estados Unidos a doutrina da razoabilidade foi extraída do conteúdo da IV Emenda à Constituição americana que prevê a garantia pessoal contra as buscas e apreensões desarrazoadas. A principal contribuição da Suprema Corte norte-americana foi, sem dúvida, a superação da dicotomia entre normas processuais e materiais. Segundo Luis Francisco

---

<sup>29</sup> GRINOVER; FERNANDES, GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 134.

Torquato Avolio<sup>30</sup>, para a jurisprudência norte-americana, seriam considerados inconstitucionais certos institutos quando, seus reflexos no processo, pudessem impedir ou reduzir dessarrazoadamente a possibilidade das partes de influir sobre o convencimento do juiz.

A corte constitucional alemã por sua vez, partindo da superação da mencionada dicotomia norma material-processual, deu importante contribuição para o desenvolvimento da Teoria da Proporcionalidade qual seja, o correto enfoque da questão que seria marcado pelo confronto de valores de direito material, que é precisamente o cotejo que o princípio da proporcionalidade busca aferir em face de uma vedação probatória<sup>31</sup>.

Luis Francisco Torquato Avolio<sup>32</sup>, em estudo sobre o assunto, procurou traçar os limites da aplicação da proporcionalidade, tendo em vista que esse é um importante meio de elidir o cometimento de graves injustiças, que poderia ser provocado por uma aplicação rígida do preceito constitucional sob exame. Traz-se a colação a proposição do referido autor:

A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.

Do exposto, se pode afirmar que a mencionada teoria dita que, em casos excepcionais e de extrema gravidade, sopesando os interesses tutelados juridicamente e verificando-se que o direito tutelado (ex.: direito à liberdade) é mais importante do que o direito vulnerado pela prova ilícita (ex.: direito à intimidade), sacrifica-se este em detrimento daquele para impedir que uma rigidez na interpretação da norma provoque decisões injustas. É esse e não outro o

---

<sup>30</sup> AVOLIO, *op. cit.*, p. 65.

<sup>31</sup> AVOLIO, *op. cit.*, p. 67.

<sup>32</sup> AVOLIO, *op. cit.*, p. 64.

contorno que deve ser dado ao conceito da Teoria da Proporcionalidade segundo seus princípios basilares. Primeiro, a excepcionalidade do seu uso, segundo a qual, deverá ocorrer apenas em casos extraordinários e de extrema gravidade e, por fim, o embate entre importantes direitos constitucionais.

Luiz Francisco Torquato Avolio<sup>33</sup>, mais uma vez, citado por Alexandre de Moraes, expressa em irretocável comentário, a concepção da Teoria da Proporcionalidade, *in verbis*:

é, pois, dotada de um sentido técnico no direito público a teoria do direito germânico, correspondente a uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe são sub-rogados (...). para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulador para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (*Princípio da Proporcionalidade*), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim.

Nelson Nery Júnior<sup>34</sup> por sua vez, anota:

na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado.

No mesmo sentido Celso Ribeiro de Bastos<sup>35</sup> assevera que o comando contido no art. 5º, inciso LVI da CRFB/1988 “deve ceder naquelas hipóteses em que sua observância intransigente levaria uma lesão de um direito fundamental ainda mais valorado”. E continua afirmando que, nesse caso, “a prova a ser feita valer deve ser indispensável na defesa de um

---

<sup>33</sup> AVOLIO, *apud* MORAES, *op. cit.*, p. 97.

<sup>34</sup> NERY JÚNIOR, Nelson *apud* MOURA, *op. cit.*, p. 3.

<sup>35</sup> BASTOS, Celso Ribeiro de *apud* MOURA, *op. cit.*, p. 4.



direito constitucional mais encarecido e valorizado pela Lei Maior do que aquele cuja violação se deu”. Ademais, “é necessário que a produção desta prova se faça na defesa do réu e não a favor do Estado, entendido este como autor da ação penal”.

Traz-se à colação jurisprudência do STF e STJ que sustentam a exclusão da antijuridicidade da prova em virtude da presença da legítima defesa e que, segundo alguns autores, adotam a aludida teoria. *In verbis*:

UTILIZAÇÃO DE GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR TERCEIRO COM A AUTORIZAÇÃO DE UM DOS INTERLOCUTORES SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO QUANDO HÁ, PARA ESSA UTILIZAÇÃO, EXCLUDENTE DA ANTIJURIDICIDADE – Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). (STF – HC 74.678-1 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 15.08.1997).<sup>36</sup>

PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – EXTORSÃO – BANDO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – PROVA ILÍCITA – ESCUTA TELEFÔNICA – [...] II - Considerando que existem outros elementos probatórios que justificam a proposição da ação penal, principalmente a prova testemunhal e, também, a gravação de conversa telefônica realizada pela própria vítima, não há que se perquirir acerca do trancamento da ação penal, apenas e tão-somente, porque os elementos probatórios atinentes à interceptação telefônica incorrem em eventual ilicitude. III - A gravação de conversações através do telefone da vítima, com o seu conhecimento, nas quais restam evidentes extorsões cometidas pelos réus, exclui suposta ilicitude dessa prova (precedentes do Excelso Pretório). Ordem denegada. (STJ – HC 23891 – PA – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 28.10.2003 – p. 308).<sup>37</sup>

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – CONSTITUCIONAL – ESTELIONATO – GRAVAÇÃO TELEFÔNICA PELA VÍTIMA DE CRIME – PROVA ILÍCITA – INCARACTERIZAÇÃO – 1. "As liberdades públicas não podem ser

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Excludente da antijuridicidade. *Habeas-corpus* nº 74.678-1, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 15 de agosto de 1997. DJU. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Trancamento de Ação Penal. Prova ilícita. *Habeas-corpus* nº 23.891, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 28 de outubro de 2003. DJU, p. 308. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado (...)" (Alexandre de Moraes, in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 2ª Edição, 2003, São Paulo, Editora Atlas, páginas 382/383). 2. Não há falar em ilicitude da prova que se consubstancia na gravação de conversação telefônica por um dos interlocutores, vítima, sem o conhecimento do outro, agente do crime. 3. Recurso improvido. (STJ – RHC 12266 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 20.10.2003 – p. 298).<sup>38</sup>

Ressalte-se que nos casos apontados pela jurisprudência o responsável pela colheita da prova ilícita na verdade sofreu uma agressão anterior aos seus direitos e garantias fundamentais. Logo não poderia o agressor, com fulcro no princípio constitucional, defender-se sustentando a ilicitude da prova em face da vítima.

### 3.1.1. Teoria da Proporcionalidade e prova ilícita *pro reo*

Na atualidade, a doutrina e a jurisprudência, majoritariamente, têm acolhido a Teoria da Proporcionalidade e aceito as provas ilícitas, mas, apenas, quando favoráveis ao réu. A justificativa encontrada é que, sopesando os interesses em conflito – de um lado os direitos e garantias fundamentais do acusado e do outro, os interesses da sociedade em ver punido o infrator – deve-se dar prevalência àqueles sob pena de se renegar as garantias mínimas dos indivíduos previstas na Constituição.

Ressalte-se que a regra é sempre o repúdio as provas ilicitamente produzidas e que, só excepcionalmente, elas deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e

---

<sup>38</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Recurso Ordinário em Habeas-corpus*. Prova ilícita. *Recurso Ordinário em Habeas-corpus* nº 12.266, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 20 de outubro de 2003. DJU, p. 298. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

ao princípio da dignidade da pessoa humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado.

Segundo Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho<sup>39</sup>, pela corrente majoritária, entende que deve preponderar o interesse jurídico mais valioso, ressaltando que é mais importante o direito à liberdade e à ampla defesa do que o direito à privacidade. Posteriormente conclui que o acusado, em processo penal, pode produzir prova considerada ilícita, salientando, ainda, que, ao agir dessa maneira, estará acobertado por causas de exclusão de criminalidade, como o estado de necessidade ou a legítima defesa.

Contrariamente, Rogério Lauria Tucci<sup>40</sup>, manifestando-se sobre o assunto aduz:

as provas obtidas por meios ilícitos, porque conseguidas ou produzidas por outros meios que não os estabelecidos em lei, por maior que seja a importância do direito individual a ser preservado, não têm como ser levadas em conta pelo órgão jurisdicional incumbido de definir a relação jurídica penal submetida à sua apreciação.

Na doutrina que trata a respeito da aplicação da Teoria da Proporcionalidade e que defende a sua aplicação *favor rei* sustenta-se que, nesse caso, não há que se falar em prova ilícita na medida em que, no caso, estaria a vítima acolhida por uma excludente de ilicitude que afastaria o cometimento do delito. Pode-se citar, para ilustrar essa assertiva, o caso da vítima de extorsão que grava a sua conversa com o criminoso e, posteriormente, vem usar essa gravação no processo penal.

Note-se que, no caso aventado, a legítima defesa não é usada contra possível condenação imposta pelo Estado, mas contra o injusto agressor e, diante da exclusão da antijuridicidade, a prova passa a ostentar o caráter de licitude, servindo como justa causa para a propositura da ação penal.

---

<sup>39</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti *apud* MOURA, *op. cit.*, p. 5.

<sup>40</sup> TUCCI, Rogério Lauria *apud* MOURA, *op. cit.*, p. 5.

### 3.1.2. Teoria da Proporcionalidade e prova ilícita *pro societate*

A insegurança social que tem aumentado indiscriminadamente nos últimos tempos tem levantado vozes que defendem a extensão da aplicação dessa teoria também *pro societate*. Justifica esta corrente doutrinária, ressalte-se minoritária, que as liberdades públicas não podem ser interpretadas de maneira absoluta a ponto de servirem de escudo protetivo para atividades ilícitas.

Aqui também, excepcionalmente e nos casos de extrema gravidade (tráfico ilícito de entorpecentes, extorsão mediante seqüestro), se deve privilegiar o bem jurídico mais imanente, que seria o interesse social na sua segurança e na repressão ao crime.

Nesse sentido, Ana Núbia Silva de Lira<sup>41</sup> e Sergio Demoro Hamilton<sup>42</sup>, defendendo a tese da aplicação da Teoria da Proporcionalidade *pro societate*, elegeram algumas justificativas que fundamentam tal posicionamento.

Pode-se destacar que, se a liberdade individual é protegida pela teoria da proporcionalidade em detrimento da atividade persecutória do Estado, maior razão assiste fazendo uso da aludida teoria render homenagem à liberdade de toda uma coletividade tendo em vista que, as liberdades públicas não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas.

Assinalam ainda que a mesma Constituição que veda a produção de prova obtida por meios ilícitos sustenta, da mesma forma e no mesmo dispositivo que são princípios constitucionais igualmente relevantes o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e

---

<sup>41</sup> LIRA, Ana Núbia Silva de. *Prova Ilícita e o Princípio da Proporcionalidade pro societate*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal nº 20 – JUN-JUL/2003, p. 40 – CD-ROM.

<sup>42</sup> HAMILTON, Sergio Demoro. *As Provas Ilícitas. A Teoria da Proporcionalidade e a Autofagia do Direito*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal nº 06 – FEV-MAR/2001, p. 53 – CD-ROM.

à propriedade que, em alguns casos, confrontarão com a norma do art. 5º, inciso LVI da CRFB/1988.

Por fim, ressalta que, se todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, nesse caso, bastaria que fosse a fundamentação feita de forma minuciosa, cumprindo de forma exaustiva o preceito inscrito no art. 93, inciso IX, da Constituição.

### 3.1.3. Críticas a Teoria da Proporcionalidade

Em virtude da polêmica que envolve a discussão em relação ao cotejamento da proibição do uso das provas ilícitas no processo penal e a Teoria da Proporcionalidade, a doutrina levantou algumas críticas em relação ao tema em debate.

Dentre essas críticas questionou-se em que momento e quais os direitos, interesses e valores poderiam ser postos em confronto. Todavia, a principal crítica formulada pelos autores preocupados com o uso desse instrumento de decisão é quanto ao alto grau de subjetividade tendo em vista que, na avaliação e ponderação do direito que deverá prevalecer, sempre ficará a cargo do magistrado a decisão.

Trocker<sup>43</sup> chegou a sustentar a necessidade de uma definição dos critérios para a sua aplicação, que segundo o autor seriam: dos valores em jogo; da ordem (normativa) das prioridades; e do cânone da proporcionalidade (entre o meio empregado e o fim a ser obtido).

É fundamental, para trazer ao ordenamento jurídico maior segurança, traçar para todo instituto as características que lhe dão forma e essência. Entretanto, a crítica em relação à subjetividade do uso dessa teoria em comento parece ser respondível de início, pela própria característica definidora da *Teoria da Proporcionalidade* e, depois, pelo princípio relacionado à atividade probatória, denominado *Livre Convencimento Motivado do Juiz*.

---

<sup>43</sup> TROCKER *apud* AVOLIO, *op. cit.*, p. 71.

No primeiro caso, a própria definição doutrinária do instituto serve de sustentação para retorquir a crítica apresentada. A Teoria da Proporcionalidade deverá ser utilizada apenas naquelas hipóteses tão extraordinárias e que levariam a um resultado desproporcional, inusitado e repugnante pela exclusão da prova ilícita que, no caso concreto, justificaria a aplicação da teoria em estudo.

Num segundo momento, poderia se afastar a censura à teoria em apreço pelo *Princípio da Persuasão Racional ou Livre Convencimento Motivado*. Como é sabido e fora sustentado no Capítulo 1 deste estudo, embora o magistrado tenha liberdade para proferir o seu *decisum*, essa liberdade na atividade jurisdicional não é absoluta. Inicialmente, deverá o magistrado estar atrelado aos elementos trazidos aos autos e, depois, tem a necessidade ainda, em respeito ao que preceitua o art. 93, inciso IX, da Constituição da República, de motivar a sua decisão.

Tendo em vista que a regra é o repúdio à prova ilícita e do grau de excepcionalidade do uso da teoria sob apreço, bastaria imputar ao juiz o poder-dever de, nesse caso, fundamentar de maneira minuciosa e criteriosa toda a sua decisão.

Dessa forma, respeitados esses dois pontos abordados, se estaria tornando efetivo um importante instrumento para correção de possíveis injustiças nas decisões judiciais sem, todavia, tornar comum um instituto tão excepcional e não trazer, junto com o seu uso, um alto grau de incerteza na atividade jurisdicional.

#### **3.1.4. Posicionamento da Suprema Corte Constitucional**

Em análise do tema em questão, decidiu a Suprema Corte pela aplicação da Teoria da Proporcionalidade, mas apenas *pro reo*. Justifica aquele Tribunal que a própria Constituição, através do poder constituinte originário, ponderou os valores contrapostos e decidiu-se por dar

prevalência aos valores fundamentais da dignidade da pessoa humana em detrimento da persecução penal.

Nesse diapasão, julgados da Corte Constitucional que aduzem decisões relativas ao tema em debate neste tópico:

PROVA – ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA OBTIDA MEDIANTE APREENSÃO DE DOCUMENTOS POR AGENTES FISCAIS, EM ESCRITÓRIOS DE EMPRESA – COMPREENDIDOS NO ALCANCE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO – E DE CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DAQUELA DERIVADAS – TESE SUBSTANCIALMENTE CORRETA, PREJUDICADA NO CASO, ENTRETANTO, PELA AUSÊNCIA DE QUALQUER PROVA DE RESISTÊNCIA DOS ACUSADOS OU DE SEUS PREPOSTOS AO INGRESSO DOS FISCAIS NAS DEPENDÊNCIAS DA EMPRESA OU SEQUER DE PROTESTO IMEDIATO CONTRA A DILIGÊNCIA – [...] 2. Objeção de princípio – em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal – à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte – salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável – a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência. (STF – HC 79512 – RJ – TP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 16.05.2003 – p. 92).<sup>44</sup>

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, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da

---

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Inviolabilidade do Domicílio. Prova Ilícita. *Habeas-corpus* nº 79.512, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 16 de maio de 2003. DJU, p. 92. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

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 da infração penal objeto da investigação ou da imputação. [...] (STF – HC 80949 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 14.12.2001 – p. 26).<sup>45</sup>

Depreende-se dos julgados enfocados que embora haja construções doutrinárias que pretendem sustentar o uso das provas ilícitas com base na Teoria da Proporcionalidade também *pro societate*, o STF tem adotado uma postura garantista dando prevalência aos direitos e garantias fundamentais sobre a atividade persecutória do Estado. Aduz nas suas razões de decidir que a própria Constituição não permite que seja dado ao tema, outra interpretação que não aquela que resguarde o indivíduo de uma possível atuação ilegítima da atividade persecutória do Estado.

---

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corporis*. Cabimento: prova ilícita. *Habeas-corporis* nº 80.949, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 14 de dezembro de 2001. DJU, p. 26. *Juris Síntese Millennium: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual*, JUL/AGO2004, CD-ROM.



## **CAPÍTULO IV – DAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO E AS CONSEQÜÊNCIAS DO USO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL**

### **4.1. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO**

As provas ilícitas foram expressamente vedadas pela Constituição e não se pode, em regra, vislumbrar a sua admissão no processo penal. A questão que se discute nesse tópico é a extensão da ilicitude dessas provas e os efeitos que geraria sobre outras provas constantes dos autos e que, embora lícitas, daquelas sejam direta ou indiretamente derivadas.

Pode-se citar, para ilustrar a questão em debate, a apreensão de um carregamento de cocaína que, embora tenha sido feito de forma lícita, só foi possível mediante uma escuta telefônica não autorizada judicialmente. Note-se que a apreensão foi lícita, ilícita foi a escuta telefônica que, segundo a doutrina dos frutos da árvore envenenada<sup>46</sup> a apreensão, ainda que feita dentro da legalidade e respeitando todas as garantias constitucionais do indivíduo, restaria contaminada porque deriva da prova inicial (escuta telefônica) que é ilícita.

Originada nos Tribunais dos Estados Unidos, a doutrina das provas ilícitas por derivação<sup>47</sup> – *fruits of the poisonous tree*, ou ainda, *fruit doctrine*, como é conhecida na doutrina e jurisprudência norte-americanas – dita serem inadmissíveis no processo, não só as provas inicialmente ilícitas, bem como, todas aquelas que, embora colhidas licitamente, derivem da prova ilícita. O que afirma a aludida doutrina é que todas as provas que tenham

---

<sup>46</sup> GRINOVER; FERNANDES, GOMES FILHO. *op. cit.*, p. 135.

<sup>47</sup> MORAES, *op. cit.*, p. 97.

uma relação direta ou indireta da prova ilícita e que a elas só se chegou através da prova ilícita, também, restariam contaminadas pela ilicitude da prova inicial.

A Suprema Corte norte-americana entende que as provas serão ilícitas quando obtidas por agentes públicos estaduais ou federais, por serem reputadas inconstitucionais consoante a IV Emenda. A Emenda Constitucional em comento tutela os direitos individuais dos cidadãos, como também dispõe acerca das garantias fundamentais contra a ingerência do Estado na esfera particular do indivíduo.

Por meio desta Emenda, não se permite que o Estado interfira no âmbito particular do cidadão, visto que a IV Emenda é considerada uma forma de proteção do particular contra atos abusivos dos agentes estaduais.

Entretanto, anota Vinícius Daniel Petry<sup>48</sup> que, a doutrina dos frutos da árvore envenenada não tem aplicação absoluta e apresenta, no direito americano, quatro exceções ou limitações.

A primeira, chamada Limitação da Fonte Independente (*The Independent Source Limitation*) dita que os fatos apurados através de uma violação constitucional não seriam, necessariamente, inacessíveis ao tribunal, desde que tivessem condições de serem provados por uma fonte independente.

Nesse caso, segundo a Suprema Corte norte-americana, caberia a acusação comprovar que a informação ilegalmente obtida seria, inevitavelmente, adquirida por outros meios legais, reclamando fatos concretos, passíveis de pronta verificação.

A segunda exceção denominada Limitação da Descoberta Inevitável (*The Inevitable Discovery Limitation*) refere-se a prova decorrente de uma violação constitucional, como a IV Emenda, que poderia ser aceita desde que pudesse, inevitavelmente, ser descoberta por meios jurídicos.

---

<sup>48</sup> PETRY, Vinícius Daniel. *A prova ilícita*. [on line]. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 26 ago. 2005.

Aponta, a doutrina norte-americana, uma terceira exceção chamada de Limitação da Descontaminação (*The Purged Taint Limitation*), segundo a qual, não obstante ilícita a prova, poderá ocorrer no processo um acontecimento capaz de purgar o veneno, imunizando os respectivos frutos conquistados.

O fato aventado teria o condão de tornar secundária a ligação da prova com a violação da norma constitucional. Nessa esteira, a intervenção de um ato independente, como a posterior confissão espontânea, e em consonância com os direitos fundamentais do acusado, tornariam a prova como não sendo mais considerada obtida de uma ilegalidade, tendo em vista que houve a quebra do nexo de causalidade entre os frutos e a árvore envenenada.

Por fim, aponta ainda a jurisprudência uma quarta exceção, a Limitação da Boa-Fé (*The Good Faith Exception*) aplicada pela Suprema Corte Norte-Americana num caso em que os policiais acreditavam que sua diligência havia observado as disposições da IV Emenda. Neste ponto, procurou-se prestigiar a atuação dos agentes estatais que embora tenham cometido uma falha na colheita da prova, acreditavam estar agindo dentro da estrita legalidade.

No Brasil, a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada deriva, obstante não existir uma norma que expressamente defina ilícitas e vedadas tais provas, de uma construção jurisprudencial levada a efeito pela Suprema Corte Constitucional e que foi seguida pelos demais tribunais pátrios.

Logo, o estudo deste instituto no âmbito do direito interno prender-se-á ao exame da jurisprudência do STF colacionada neste tópico e que servem de fonte norteadora do acolhimento ou não da teoria em debate.

#### 4.2. ENTENDIMENTO DO STF

A Suprema Corte optou, inicialmente, pela incomunicabilidade da ilicitude das provas<sup>49</sup> – o vício da prova ilícita não contamina as outras dela derivadas – e decidiu que continuariam válidas as eventuais provas decorrentes das provas ilícitas. Decidiu o STF que a só ilicitude da prova inicial não teria o condão de contaminar todas as outras provas dela provenientes.

Entretanto, posteriormente, o STF alterou esse posicionamento e, atualmente, tem adotado a doutrina dos frutos da árvore envenenada e ditando que a prova ilícita contamina as outras provas dela originadas.

Vale ressaltar que, segundo apontado pela doutrina<sup>50</sup>, o caráter dessa posição foi tomada em apertada votação e, dessa maneira, não se reveste do cunho de definitividade tendo em vista que, basta que se altere a composição daquela Corte para que se possa mudar o ponto norteador da questão.

A título de ilustração, colaciona-se algumas decisões do Supremo que sustentam a posição atual daquela Corte que propugna pela aplicabilidade da doutrina das provas ilícitas por derivação, em respeito ao princípio constitucional que veda a utilização da prova reputada ilícita no processo penal. *In verbis*:

HABEAS CORPUS – CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR – ÚNICO) – CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES) – VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO – [...] 3. As provas obtidas por meios ilícitos *contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes*; tornam-se inadmissíveis no processo e *não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento* (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente

---

<sup>49</sup> MORAES, *op. cit.*, p. 98.

<sup>50</sup> MORAES, *op. cit.*, p. 98.

comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélidas do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5. (STF – HC 72588 – TP – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 04.08.2000 – p. 3).<sup>51</sup>

HABEAS CORPUS – ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – PROVA ILÍCITA – AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA – ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – FRUITS OF THE POISONOUS TREE – O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que *a ilicitude da interceptação telefônica* – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – *contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta*. Habeas corpus concedido. (STF – HC 73351 – 1ª T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 19.03.1999 – p. 9).<sup>52</sup>

HABEAS CORPUS – CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA – 1. *É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.1996, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos frutos da árvore venenosa*. 2. Inexistência de prova autônoma. 3. Precedente do Plenário: HC nº 72.588-1-PB. 4. (STF – HC 74.116 – SP – 2ª T. – Rel. p/ Ac. Maurício Corrêa – DJU 14.03.1997).<sup>53</sup>

Aqui a Suprema Corte, adotando a teoria dos frutos da árvore envenenada, resguardou mais uma vez os direitos e garantias fundamentais não permitindo que por via transversa se pudesse burlar o mandamento Constitucional repelindo, não apenas a prova originariamente

---

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Violação do art. 5º, XII, da Constituição. *Habeas-corpus* nº 72.588, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 4 de agosto de 2000. DJU, p. 3. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Fruits of the poisonous tree. *Habeas-corpus* nº 73.351, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 19 de março de 1999. DJU, p. 9. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Prova ilícita. Inexistência de prova autônoma. *Habeas-corpus* nº 74.116, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 14 de março de 1997. DJU. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

ilícita, mas ainda, toda prova que dela derive direta ou indiretamente desde que guarde uma forte relação de causa e efeito.

Todavia, como sustentado pelas decisões da Corte Constitucional, deve haver uma conexão entre as duas provas de maneira que não se possa chegar à prova derivada por outros meios que não sejam a prova colhida ilicitamente. Uma prova deve se ligar à outra numa relação de causa e consequência.

#### 4.3. CONSEQÜÊNCIAS DA ADMISSÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

Como dito anteriormente, as provas ilícitas são, em regra, inexistentes para o mundo jurídico, logo não podem delas advir qualquer efeito. A prova ilícita não serve de fundamento para a propositura da ação penal, desenvolvimento da persecução penal e da sentença condenatória.

No sistema processual brasileiro, à luz do preceito constitucional objeto desse ensaio, vigora a regra da inadmissibilidade da prova ilícita. Entretanto, o mandamento constitucional por si só não é capaz de solucionar, como visto neste estudo, alguns pontos controvertidos no que tange à aplicação do princípio constitucional.

Neste tópico, procura-se estabelecer algumas conseqüências advindas da prova ilícita que, embora vedado o seu uso pela Carta Magna, não poucas vezes o julgador se depara com a tarefa de examinando o caso concreto, verificar qual a verdadeira interpretação que deve ser dada ao instituto e decidir.

Desta forma, pode-se, resumidamente, arrolar alguns efeitos decorrentes da inclusão no processo de provas ilícitas retirados do exame da jurisprudência da Suprema Corte Constitucional que, em última análise, cabe dizer a interpretação a ser dada aos preceitos constitucionais.

De início, o primeiro efeito que pode ser observado quanto à existência no processo de prova reputada ilícita, é o direito subjetivo que assiste à parte de ver a prova ser desentranhada dos autos.

Expungida a prova ilícita dos autos, não poderá o magistrado, ao decidir a causa, pautar os motivos de decidir na prova eliminada tendo em vista que a mesma não faz mais parte do mundo jurídico. Logo, constitui uma limitação ao livre convencimento do julgador.

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, a 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 da infração penal objeto da investigação ou da imputação. [...] (STF – HC 80949 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 14.12.2001 – p. 26).<sup>54</sup>

AÇÃO PENAL – DENÚNCIA RECEBIDA – PROVA ILÍCITA – 1. Embargos de declaração pleiteando seu desentranhamento. Constituição, art. 5º, inciso LVI. 2. *Reconhecida a ilicitude de prova constante dos autos, conseqüência imediata é o direito da parte, à qual possa essa prova prejudicar, a vê-la desentranhada*. [...] (STF – EDINQ 731 – DF – T.P – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 07.06.1996).<sup>55</sup>

Em curso ação penal fundada exclusivamente em prova ilícita, deverá a mesma ser trancada tendo em vista que, os elementos levados ao processo pela prova contaminada não constituem justa causa para a propositura da ação penal.

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Cabimento: prova ilícita. *Habeas-corpus* nº 80.949, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 14 de dezembro de 2001. DJU, p. 26. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Embargos de Declaração*. Prova ilícita. Desentranhamento. *Embargos de Declaração* nº 731, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 7 de junho de 1996. DJU. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

HABEAS CORPUS – [...] 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter 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*. (STF – HC 80948 – ES – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 19.12.2001 – p. 4).<sup>56</sup>

HABEAS CORPUS – CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR – ÚNICO) – CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES) – VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO – [...] 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. *Inexistência*, nos autos do processo-crime, *de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita*, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas corpus conhecido e provido para *trancar a ação penal* instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5. (STF – HC 72588 – TP – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 04.08.2000 – p. 3).<sup>57</sup>

No caso de ação penal que tenha se fundamentado exclusivamente na prova ilícita, caberá a decretação de nulidade, não podendo sobrevir qualquer efeito condenatório da mesma.

---

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Obtenção de provas por meio ilícito. *Habeas-corpus* nº 80.948, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 19 de dezembro de 2001. DJU, p. 4. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Violação do art. 5º, XII, da Constituição. *Habeas-corpus* nº 72.588, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 4 de agosto de 2000. DJU, p. 3. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.



HABEAS CORPUS – FORMAÇÃO DE QUADRILHA – CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO – NULIDADE – Interceptação telefônica. Prova ilícita. Autorização judicial deferida anteriormente à Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. *Nulidade da ação penal, por fundar-se exclusivamente em conversas obtidas mediante quebra dos sigilos telefônicos dos pacientes.* Ordem deferida. (STF – HC 81154 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 19.12.2001 – p. 4).<sup>58</sup>

No caso de sentença condenatória pautada em prova considerada ilícita deverá a mesma ser considerada nula por falta de justa causa para a condenação.

PROVA – OBTENÇÃO ILÍCITA, MEDIANTE PRISÃO ILEGAL DO INDICIADO – SEM FLAGRANTE NEM ORDEM JUDICIAL – E EM RAZÃO DELA – *Falta de justa causa para a condenação* que se alicerçou exclusivamente na prova ilicitamente colhida. (STF – HC 70.277 – MG – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 18.03.1994).<sup>59</sup>

Por fim, cabe ressaltar que, a ilicitude da prova não tem o condão de infirmar todo o processo de nulidade. No caso de existirem dentro do mesmo provas autônomas e distintas das provas contaminadas e que sejam suficientes para justificar o processo penal, deverá o mesmo ter seu regular prosseguimento.

O mesmo se diga da sentença prolatada em processo penal em que se suscitou a existência de prova ilícita. Caso a mesma tenha se fundamentado em provas autônomas e distintas da prova ilícita não será declarada nula.

HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PROVA ILÍCITA – ESCUTA TELEFÔNICA – CORRUPÇÃO ATIVA – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DOSAGEM DA PENA – IMPROCEDÊNCIA – 1. A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica,

---

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corporus*. Prova Ilícita. *Habeas-corporus* nº 81.154, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 19 de dezembro de 2001. DJU, p. 4. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corporus*. Prova – Obtenção ilícita, mediante prisão ilegal do indiciado. *Habeas-corporus* nº 70.277, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 18 de março de 1994. DJU. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

não sendo a única produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito. [...] 3. *Sem que possa colher-se dos elementos do processo a resultante consequência de que toda a prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal.* [...] (STF – HC 75497 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 09.05.2003 – p. 68).<sup>60</sup>

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – 2. Penal. Crime de tráfico de entorpecentes. 3. Escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.1996. Prova ilícita. 4. *Decisão condenatória que encontra apoio suficiente em fatos e provas autônomos e distintos da prova ilícita.* Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. [...] (STF – RE 222204 – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 28.04.2000 – p. 96).<sup>61</sup>

Na esteira da Suprema Corte Constitucional tem julgado a mais alta Corte Legal do país. Colaciona-se abaixo, algumas decisões do STJ nesse sentido:

HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – CRIME DE LATROCÍNIO – DILIGÊNCIA – RECONSTITUIÇÃO DOS FATOS – INDEFERIMENTO – CERCEAMENTO DE DEFESA – NEGATIVA JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – PROVA ILÍCITA – CONFISSÃO CONFIRMADA EM JUÍZO NA PRESENÇA DO ADVOGADO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INOCORRÊNCIA – [...] 3. *Baseando-se a sentença condenatória em outras provas colhidas durante a instrução criminal (testemunhais e periciais), sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, não há que se falar de sua contaminação pela suposta prova ilícita produzida na fase inquisitorial (confissão de um dos acusados obtida mediante tortura), mormente se o co-réu, na presença do advogado e do Ministério Público, confirmou o seu depoimento, descrevendo em juízo minuciosamente os fatos e a participação de todos.* 4. Writ denegado. (STJ – HC 25789 – DF – 5ª T. – Relª Min. Laurita Vaz – DJU 15.12.2003 – p. 00331)<sup>62</sup>

RECURSO EM HABEAS CORPUS – QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO – AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – REITERAÇÃO DE PEDIDO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – PROVA ILÍCITA – IMPOSSIBILIDADE – I – Considerando que a questão relativa à falta de

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Prova Ilícita. *Habeas-corpus* nº 75.497, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 9 de maio de 2003. DJU, p. 68. *Juris Síntese Millennium: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual*, JUL/AGO2004, CD-ROM.

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Recurso Extraordinário*. Fatos e provas autônomos e distintos da prova ilícita. *Recuso Extraordinário* nº 222.204, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 28 de abril de 2000. DJU, p. 96. *Juris Síntese Millennium: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual*, JUL/AGO2004, CD-ROM.

<sup>62</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Prova ilícita. *Habeas-corpus* nº 25.789, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2003. DJU, p. 331. *Juris Síntese Millennium: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual*, JUL/AGO2004, CD-ROM.

autorização judicial para a quebra do sigilo bancário já foi objeto de apreciação no RHC nº 6.049/MT, perdeu o objeto, neste ponto, o presente writ. II - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do writ, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie. III - Considerando que existem *outros elementos probatórios que justificam a proposição da ação penal*, tais como provas testemunhais, *não há que se perquirir acerca do trancamento da ação penal*, apenas e tão-somente, *sob a alegação de ilicitude das provas* produzidas por quebra de sigilo bancário. Recurso desprovido. (STJ – RHC 14680 – MT – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 17.11.2003 – p. 00341)<sup>63</sup>

RECURSO EM HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – CRIME DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO – PRISÃO PREVENTIVA – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO ÉDITO CONSTRITIVO – *PROVA ILÍCITA* – NÃO OCORRÊNCIA – FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL EMBASADA EM OUTRAS PROVAS INDICIÁRIAS ROBUSTAS E AUTÔNOMAS – LIBERDADE PROVISÓRIA – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – PRECEDENTES DOS STJ – 1. Restou cabalmente demonstrado e justificado, tanto pelo Juízo monocrático, quanto pelo Tribunal de origem, que a *prisão preventiva* decretada em desfavor do Recorrente, *baseou-se em outras provas indiciárias robustas* que, de fato, comprovam a sua participação no indigitado delito. [...] (STJ – RHC 14818 – SP – 5ª T. – Relª Min. Laurita Vaz – DJU 03.11.2003 – p. 00327)<sup>64</sup>

CRIMINAL – RECURSO ESPECIAL – CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL – MATÉRIA PRÓPRIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – NÃO-CONHECIMENTO – SUBSTITUIÇÃO DE PENA IGUAL OU INFERIOR A UM ANO DE RECLUSÃO – APLICAÇÃO DA REGRA DO § 2º, DO ART. 44, DO CP – MATÉRIA DECIDIDA EM SEDE DE HC – *PROVA ILÍCITA* – CONDENAÇÃO QUE SE BASEOU EM OUTRAS EVIDÊNCIAS – NULIDADE NÃO CONFIGURADA – ARREPENDIMENTO POSTERIOR – REPARAÇÃO DO DANO ANTES DA DENÚNCIA NÃO CONFIGURADA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO – I. [...] III. *Não se configura nulidade se, ao contrário do alegado, a condenação se baseia em provas outras, que não aquelas imputadas ilícitas pelo recorrente.* [...] (STJ

---

<sup>63</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Recurso em Habeas-corporis*. Tracamento da Ação Penal. Prova ilícita. *Recurso em Habeas-corporis* nº 14.680, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 17 de novembro de 2003. DJU, p. 341. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

<sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Recurso em Habeas-corporis*. Prova ilícita. Fundamentação judicial embasada em outras provas indiciárias robustas e autônomas. *Recurso em Habeas-corporis* nº 14.818, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 3 de novembro de 2003. DJU, p. 327. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

– RESP 505284 – SC – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 03.11.2003 – p. 00343)<sup>65</sup>

PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – EXTORSÃO – BANDO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – PROVA ILÍCITA – ESCUTA TELEFÔNICA – [...] II - Considerando que *existem outros elementos probatórios que justificam a proposição da ação penal*, principalmente a prova testemunhal e, também, a *gravação de conversa telefônica realizada pela própria vítima*, não há que se perquirir acerca do trancamento da ação penal, apenas e tão-somente, porque os elementos probatórios atinentes à interceptação telefônica incorrem em eventual ilicitude. III - A *gravação de conversações através do telefone da vítima*, com o seu conhecimento, nas quais restam evidentes extorsões cometidas pelos réus, *exclui suposta ilicitude dessa prova* (precedentes do Excelso Pretório). Ordem denegada. (STJ – HC 23891 – PA – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 28.10.2003 – p. 00308)<sup>66</sup>

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – CONSTITUCIONAL – ESTELIONATO – GRAVAÇÃO TELEFÔNICA PELA VÍTIMA DE CRIME – PROVA ILÍCITA – INCARACTERIZAÇÃO – 1. "*As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas*, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado (...)" (Alexandre de Moraes, in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 2ª Edição, 2003, São Paulo, Editora Atlas, páginas 382/383). 2. *Não há falar em ilicitude da prova que se consubstancia na gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores, vítima, sem o conhecimento do outro, agente do crime*. 3. Recurso improvido. (STJ – RHC 12266 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 20.10.2003 – p. 00298)<sup>67</sup>

CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – RECURSO DE HABEAS-CORPUS – BUSCA E APREENSÃO – DESCONSTITUIÇÃO POR ORDEM JUDICIAL – RETENÇÃO INDEVIDA – PROVA ILÍCITA – INSTRUÇÃO EM INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – [...] É ilegal a retenção de equipamentos

---

<sup>65</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Recurso Especial*. Prova ilícita. Condenação que se baseou em outras evidências. *Recurso Especial* nº 505.284, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 3 de novembro de 2003. DJU, p. 343. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

<sup>66</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Trancamento de Ação Penal. Prova ilícita. *Habeas-corpus* nº 23.891, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 28 de outubro de 2003. DJU, p. 308. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

<sup>67</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Recurso Ordinário em Habeas-corpus*. Prova ilícita. *Recurso Ordinário em Habeas-corpus* nº 12.266, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 20 de outubro de 2003. DJU, p. 298. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

apreendidos em busca e apreensão, em desrespeito a decisão judicial, consubstanciando *prova ilícita* os elementos colhidos nos citados equipamentos, *imprestáveis para embasar a propositura de ação penal*. [...] (STJ – RHC 12717 – MG – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 28.10.2002)<sup>68</sup>

PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – INIMPUTABILIDADE – RECURSO – NOVO LAUDO – PROVA EMPRESTADA – PRONÚNCIA – NULIDADE – [...] Laudo pericial realizado em outro processo e anexado por cópia na fase recursal constitui *prova emprestada*, qualificada como *prova ilícita*, porque *produzida com inobservância dos princípios do contraditório e do devido processo legal, não se prestando para embasar sentença de pronúncia*. Habeas corpus concedido. (STJ – HC – 14216 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 12.11.2001 – p. 00174)<sup>69</sup>

CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS-CORPUS – PRISÃO EM FLAGRANTE – AÇÃO PENAL – PROVA ILÍCITA, VIOLAÇÃO A DOMICÍLIO – TRANCAMENTO – A Constituição da República, no capítulo relativo às franquias democráticas, inscreveu o princípio da inviolabilidade do domicílio, sendo, de conseqüência, vedado, aos agentes policiais ingressarem, sem ordem judicial, em residência particular e ali realizar prisão em flagrante e fazer apreensões. *São desprovidas de validade jurídica o auto de prisão em flagrante e a subsequente ação penal fundados em provas ilícitas*, obtidas por meio de operação policial realizada com vulneração ao princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio. Recurso ordinário provido. Habeas-corpus concedido. (STJ – RHC 8753 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 11.12.2000 – p. 00244)<sup>70</sup>

Do exposto, nota-se que a regra tem sido à inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas no processo penal e que este entendimento vem sendo solidificado nos julgamentos tanto do STF quanto da STJ.

---

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Recurso em Habeas-corpus*. Prova ilícita. *Recurso em Habeas-corpus* nº 12.717, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 28 de outubro de 2002. DJU. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

<sup>69</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Prova emprestada ilícita. *Habeas-corpus* nº 14.216, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 12 de novembro de 2001. DJU, p. 174. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

<sup>70</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Recurso em Habeas-corpus*. Prova ilícita, violação a domicílio. *Recurso em Habeas-corpus* nº 8.753, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 11 de dezembro de 2000. DJU, p. 244. *Juris Síntese Millennium*: Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual, JUL/AGO2004, CD-ROM.

Esporadicamente, e apenas naqueles casos de excepcional gravidade, se admite o uso dessas provas no processo, mas, ainda assim, somente quando estiver em jogo tutela de interesse jurídico mais premente e quando for utilizada em favor do réu.

## CONCLUSÃO

Do exame da doutrina e jurisprudência colacionadas nesse estudo conclui-se que sob a égide da atual Constituição vigora o regime da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal. Em detrimento disso, a regra será sempre a não possibilidade de utilização dessas provas que tem o seu uso vedado no processo.

Ainda assim, em alguns casos de extrema gravidade os tribunais, na esteira do entendimento ditado pelo Supremo Tribunal Federal, têm se socorrido do uso da teoria da proporcionalidade de forma a corrigir distorções advindas da aplicação rígida do preceito constitucional e admitido o uso da prova viciada quando em favor do acusado.

Embora existam alguns autores – corrente minoritária – que defendam a aplicação da Teoria da Proporcionalidade e o conseqüente uso das provas ilícitas também em favor da sociedade nos casos de crimes extrema gravidade e que afrontam toda a coletividade, como o tráfico ilícito de entorpecentes, os crimes do colarinho branco, o crime organizado, a Corte Constitucional não acolheu essa tese aduzindo nas suas razões que a Constituição não comporta essa interpretação.

Em que pese à posição da mais alta corte do país a quem cabe, em última instância dar os contornos das normas previstas na Constituição, a melhor interpretação nesse ponto seria privilegiar na apreciação do caso concreto, a garantia constitucional mais importante e, naqueles casos em que toda uma coletividade viesse a se tornar refém do crime organizado, minorar o dispositivo constitucional tantas vezes mencionado no desenrolar desse estudo.

No que tange à discussão em torno da contaminação das provas derivadas daquelas consideradas ilícitas, o entendimento atual do STF é no sentido de que as provas ilícitas contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes, acolhendo a aplicação da doutrina do fruto da árvore envenenada. O objetivo da Suprema Corte é vedar que se possa, por via indireta, transpor o mandamento constitucional que veda o uso das provas ilícitas no processo penal. Aqui, andou bem aquela Corte ao repudiar o que poderia ser um incentivo as práticas inidôneas dos agentes estatais encarregados da apuração das infrações penais.

Numa síntese, segundo a doutrina e jurisprudência pesquisadas, dentre os principais efeitos advindos do uso inadequado pode-se relacionar o direito da parte de ver desentranhada dos autos as provas consideradas ilícitas, o trancamento da ação penal que estiver fundada exclusivamente nas provas vedadas por falta de justa causa para a sua propositura, a decretação da nulidade da ação penal fundada na prova contaminada, a nulidade da sentença condenatória pautada na prova ilícita.



## REFERÊNCIAS

### 1. LIVROS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da Lei nº 9.296/96 e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, 1v. em 3.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas*. *Revista de Direito*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Tribunal de Justiça, 1996, Vol. 29.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 3v. em 4.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 1v. em 4.

### 2. DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

BATISTA, Silas Soares. *A admissibilidade, no processo penal, da prova obtida mediante gravação telefônica feita por um dos interlocutores*. [on line]. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 26 ago. 2005.

HAMILTON, Sergio Demoro. *As Provas Ilícitas. A Teoria da Proporcionalidade e a Autofagia do Direito*. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal* nº 06 – FEV-MAR/2001, p. 53 – CD-ROM.

LIRA, Ana Núbia Silva de. *Prova Ilícita e o Princípio da Proporcionalidade pro societate*. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal* nº 20 – JUN-JUL/2003, p. 40 – CD-

ROM.

MOURA, Thereza Rocha de Assis. *A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição*. [on line]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 10 mar. 2005.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Provas ilícitas e investigação criminal*. [on line]. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 11 mar. 2005.

PETRY, Vinícius Daniel. *A prova ilícita*. [on line]. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 26 ago. 2005.