

JOSÉ ARISTEU DA SILVA LUZ

**PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO NO PROCESSO PENAL E SUA
RELAÇÃO COM OS DIREITOS DOS CIDADÃOS**

JEQUIÉ- BAHIA

2015

RESUMO

O presente artigo revisa e analisa sucintamente as disposições que o sistema processual penal brasileiro estabelece a respeito das provas consideradas ilícitas e das ilícitas por derivação, e a relação entre o exercício dos direitos a este relacionados pelos cidadãos. A análise foi realizada através do método dedutivo, explica-se: através da leitura de fontes bibliográfica diversas, foram compiladas as principais definições, conceitos e tendências que a doutrina, a jurisprudência e o ordenamento jurídico brasileiro determinam como orientação para aplicação aos casos concretos. O trabalho parte de uma revisão acerca dos princípios do direito processual penal como forma de referendar o aprofundamento necessário a uma percepção arguta em relação aos meandros e significações aos quais alude a questão da derivação e da ilicitude. Em seguida, chega-se à análise do tema em si e ao norteamento existente no Processo Penal brasileiro. Ao final, são analisados três tipos de prova que tipificam eivação do processo por ilicitude e as formas pelas quais tanto o sistema penal como a constituição lidam com elas.

Palavras-chave: Direito Processual Penal – Princípios em Direito Processual Penal – Provas Ilícitas – Derivação das provas ilícitas – Interceptação – Quebra de sigilo

ABSTRACT

The present work reviews and analysis mostly of the dispositions found within the brazilian criminal procedural law regarded with the procedural of evidence (the illegal evidences and the illegal derivated evidence). The analysis were made through the deductive method, wich means that by the study of such a diversified sources cast, were digested the main definitions, concepts and trends that doctrine, jurisprudence and the legal system set as useful guidance to rule implementation. The work starts from a review about the criminal procedural law principles as an estrategy to guide the deepness reclaimed in order to get an wise perception about the means to wich alludes the matter of derivation and illicit evidences. Then, is time to analyse the matter itself and the guidance offered by the brazilian procedural criminal Law. Last, but not least, the work analysis three sorts of evidences that usually pervert the proccess and the way that criminal Law manages it.

Keywords: Criminal Procedural Law – Principles in Criminal Procedural Law – Illicit Evidences – Interception – Breach of confidentiality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. SISTEMA PRINCIPIOLÓGICO QUE SUSTENTA O DIREITO PROCESSUAL PENAL DEMOCRÁTICO	12
2. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PROVA	32
2.1 Conceito de prova	32
2.2 Conceito de prova ilícita	35
2.3 Conceito de prova Ilícita por Derivação	49
3. PROVA ILÍCTA POR DERIVAÇÃO E A TEORIA DOS “FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA”	51
3.1 A verdade e a certeza no processo penal e sua relação com a ilicitude	51
3.2 Contraposição com o princípio da proporcionalidade	56
3.3 Provas ilícitas por derivação e a lei nº 11.690/2008	58
3.4 Correntes doutrinárias existentes e solução à luz do método dedutivo	63
4. PROVAS ILICITAMENTE CONSEGUIDAS	65
4.1 Comunicação por carta e telegráfica	65
4.2 Comunicações Telefônicas	68
4.3 Dos Requisitos Legais Constantes Na Lei 9.296/96	73
4.4 Quebra Do Sigilo Bancário e Fiscal	77
CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS	88

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estatuiu em seu artigo 5º, inciso LVI, o princípio da proibição da prova ilícita, ao afirmar que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”. O embasamento e motivação desta postura por parte da Constituição Federal Brasileira normalmente se justifica por uma necessidade de resguardar garantias e direitos fundamentais como dignidade da pessoa humana e cidadania ao preconizar a consideração dos princípios fundamentais de direito e ao tornar proibida a aceitação acerca das provas ilícitas/ilicitamente obtidas. De fato, ocorre que o argumento de proteção aos direitos fundamentais do indivíduo como justificativa para a não recepção das provas obtidas por meios considerados ilícitos é permeado por uma densa concepção acerca do significado da prova no ordenamento jurídico em questão e a sua relação com a verdade.

O conceito de prova mais recorrente através da doutrina é o de produto obtido por meio lícito pelas partes legitimadas visando à legitimação ou descaracterização do conteúdo da imputação. Esta concepção depende de aspectos fundamentais à caracterização da prova, tais como, legitimidade, contraditório e funcionalidade. O emprego dos meios de prova deve ser atuado pelas partes cabíveis e submetido ao crivo da parte contrária, todos estes requisitos visando a fornecer ao juiz natural os fundamentos de sua convicção.

Embora haja a noção de que o valor processual seja a verdade e a reconstrução precisa dos fatos passados, existe massiva opinião por parte da

doutrina de que a verdade não é de modo algum o escopo do processo, pois, embora seja elemento indispensável à habilitação das provas, reconhece-se que nem sempre será possível que se atinjam verdades evidentes na aplicação ou interpretação do direito. Destarte o cerne da produção judicial seja o prosseguimento dos autos com a máxima probidade possível, a controvérsia é um componente inevitável, capaz de conduzi-lo a uma aproximação maior ou menor com a verdade.

A lei 11.690/2008 determina a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos. São feitas as exceções para a possibilidade de admissão quando das seguintes condições: ausência de nexos ou obtenção a partir de fonte distinta ou independente. A não aceitação das provas consideradas ilícitas também se estende às provas desta derivadas e esta negação decorre da aplicação do princípio da inadmissibilidade. No sistema jurídico americano, a configuração de ilicitude depende da existência de três requisitos: (1) ação policial ilegal; (2) prova obtida na situação de ação ilegal de polícia ou (3) existência de nexos causal entre a ação ilegal e a obtenção da prova. E é deste sistema jurídico que se origina a corrente que orienta a disposição do sistema jurídico brasileiro acerca das provas consideradas ilícitas por derivação.

No entanto, apesar da justificada proteção concedida pelo sistema jurídico às referidas provas, não raro há severas inflexões no sentido de propiciar uma revisão ou flexibilização do ânimo constitucional estabelecido em favor de evitar que a proibição taxativa da deferência das provas obtidas pelos consagrados meios ilícitos resultem em injustiça flagrante. Para Acioli (2006), cabe à magistratura a função de criar o Direito, promovendo o seu aperfeiçoamento e adaptação às necessidades sociais modernas, permitindo

inclusive interpretações mais lógicas e aprazíveis. De acordo com o autor, o princípio da proporcionalidade, erigido a partir do direito alemão, sopesa os bens e sacrifica o de menor carga valorativa e pode ser erigido como escape legislativo à possibilidade de adequação da lei ao caso ou de extensão da lei aparentemente a categoria à humanização da decisão aplicada ao caso concreto.

Nesse sentido, o presente trabalho se propõe a revisar as principais disposições legislativas existentes e as fundamentações ou oposições doutrinárias existentes, visando a fornecer explanação teórica acerca do assunto e suscitar importantes reflexões referentes ao mesmo.

1. SISTEMA PRINCIPIOLÓGICO QUE SUSTENTA O DIREITO PROCESSUAL PENAL DEMOCRÁTICO

O estudo prévio dos princípios em Direito Processual Penal é premente para uma análise arguta acerca das provas ilícitas e a possibilidade de aceitação destas para o processo. A Constituição Federal de 1988 estatuiu em seu artigo 5º, inciso LVI, o princípio da proibição da prova ilícita, ao afirmar que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”. A denominação de “princípio” a esta norma constitucional é motivo de discussão doutrinária - alguns autores acreditam tratar-se de mera regra, outros julgam-na como princípio. Luiz Guilherme Marinoni (2006) assevera que a diferença entre uma regra e um princípio está ligada à existência ou não de uma ponderação sobre a norma; “A norma que se aplica por subsunção é uma regra e a norma que se aplica por ponderação é um princípio”. Ao observar a lição do renomado jurista pode-se dizer que a denominação da referida norma constitucional dependerá da análise de cada caso.

De acordo com Távora (2009), o processo confere caráter de invulnerabilidade aos imputados diante do Estado e garante, ao mesmo tempo, a garantia de uma prestação jurisdicional efetiva. Os princípios em Direito Penal possibilitam a referência em temas de aplicação e elaboração das normas legais expressos para além de um rol taxativo. Importante considerar a definição de Rogério Sanches Cunha *apud* Schmitt (2007) acerca de princípios:

[são] normas elementares ou requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E assim, princípios

revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda ação jurídica, traçando assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido. Mostram a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em axiomas (...). (SCHMITT, Ricardo A. *Princípios penais constitucionais*. 2007. p. 88).

Ainda em conformidade com a lógica de freio à discricionariedade punitiva do Estado, afirma Schmitt (2007) que os princípios penais são preceitos asseguradores dos direitos humanos e “meio para impedir a ingerência arbitrária do Estado punitivo”. A importância da consideração aos princípios perpassa pelo argumento de que diante das lacunas ou dilemas impostos pela realidade prática das normas legais, a base principiológica, quando bem estabelecida, favorecerá a compreensão e, ainda que não traga a resolução de imbróglios impostos à prática quotidiana do Direito, no mínimo tenderá as ponderações a respeito em termos de humanidade e razoabilidade lógica. Nesse sentido, afirma Aras (2001) que a boa aplicação do Direito e a efetivação da norma no processo não podem prescindir de uma visão principiológica fundamentada na Constituição. A relevância aos princípios em Direito encontram duas outras justificativas: ratificação da hierarquia legislativa (princípios constitucionais são normas fundamentais do arcabouço jurídico) e referência semântica, uma vez que, em conformidade com Aras (2001) dispõem de caráter axiomático estratégico para que a referência seja mais sugestiva que descritiva, mais filosófica do que normativa. Neste sentido, Coutinho (2001) realiza uma breve, mas interessante, incursão acerca da significação dos princípios e da razão de terem estes, natureza axiomática. Para o referido autor, a adoção de princípios supre ou representa a carência significativa mesma que teriam sentenças (no sentido de frases) propostas

para abarcar todo o conjunto de valores a que visam aludir os princípios. São representações da dimensão de fundamento que os princípios exercem. Em suas palavras:

De qualquer sorte, não se deve desconhecer que dizer motivo conceitual, aqui, é dizer mito, ou seja, no mínimo abrir um campo de discussão que não pode ser olvidado mas que, agora, não há como desvendar, na estreiteza desta singela investigação. Não obstante, sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um antes do primeiro momento; um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido. Nesta parca dimensão, o mito pode ser tomado como a palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito. Daí o big-bang à física moderna; Deus à teologia; o pai primevo a Freud e à psicanálise; a Grundnorm a Kelsen e um mundo de juristas, só para ter-se alguns exemplos. O importante, sem embargo, é que, seja na ciência, seja na teoria, no principium está um mito; sempre! Só isso, por sinal, já seria suficiente para retirar, dos impertinentes legalistas, a muleta com a qual querem, em geral, sustentar, a qualquer preço, a segurança jurídica, só possível no imaginário, por elementar o lugar do logro, do engano, como disse Lacan; e aí está o direito. Para espaços mal-resolvidos nas pessoas – e veja-se que o individual está aqui e, portanto, todos -, o melhor continua sendo a terapia, que se há de preferir às investidas marotas que, usando por desculpa o jurídico, investem contra uma, algumas, dezenas, milhares, milhões de pessoas. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. 2001.)

Na perspectiva de Coutinho (2001), o "mito" representado pelos princípios corresponde à fundamentação e referência aos ritos, representados pelo Direito Processual. Por conta disso é que se mostra feliz a assertiva lançada por Jorge de Figueiredo Dias:

São estes <<princípios gerais do processo penal>> que dão sentido à multidão das normas, orientação ao legislador e permitem à dogmática não apenas <<explicar>>, mas verdadeiramente compreender os problemas do direito processual e caminhar com segurança ao encontro da sua solução. (IDEM).

A imprescindibilidade da referência axiomática encontra ainda em Aras (2001) o sentido de limiar necessário ou meio à concretização plena do Estado Democrático de Direito:

Tem-se sedimentado cada vez mais o entendimento de que o Direito, como sistema, não prescinde de uma interpretação axiomática e de uma hermenêutica que considere a Constituição como norma-controle da validade dos demais dispositivos que integram um dado ordenamento jurídico. Neste sentido, não há como desconsiderar, por primeiro, os princípios fundamentais do Estado brasileiro para a boa aplicação do Direito neste País. Só assim será possível alcançar, na prática, um verdadeiro Estado democrático de Direito, tanto mais quando muitos dos diplomas em vigor no Brasil são anteriores à Lei Magna de 1988, que reformulou muitos conceitos, estabeleceu institutos processuais democráticos, materializou outros tantos e introduziu uma verdadeira carta de direitos no seu art. 5º. (ARAS, Vladimir. *Princípios do Processo Penal*. Jus Navigandi. 2001).

Cabe considerar ainda que tem em vista a Constituição Federal no resguardo de garantias como a cidadania e dignidade da pessoa humana, quando preconiza a consideração dos princípios fundamentais do Direito. Não se pode conceber a idéia de um processo que não preserve como norte a possibilidade de re-inserção social do condenado ou mesmo o resguardo à cidadania da família ou familiares do mesmo. A respeito, Aras (2001) assevera que: "Ora, a pessoa humana é sujeito do processo, e não seu objeto. A

resposta penal do Estado, veiculada por meio do processo, deve ter em vista a recuperação do condenado e sua (re)inserção social, tarefa difícil que, reconhece-se, não pode ser adimplida exclusivamente pelo Direito."

A bem de evitar a recorrência de práticas que repute o sistema jurídico como vingativo ou punitivo deve ser observado respeito à individualidade e dignidade humanas e a constante referência aos princípios jurídicos:

Assim, em tudo e em todas as circunstâncias processuais, o operador ou o construtor do Direito não se pode deixar levar por esse sentimento reacionário; não pode valer-se do processo como punição (um fim em si mesmo), como ocorre com o uso generalizado da prisão preventiva, que aparece quase sempre como condenação antecipada. Ao contrário, o jurista, na sua práxis, precisa observar o respeito devido ao que o homem tem de mais sagrado: a sua individualidade e a sua dignidade. E isto mesmo *depois* do trânsito em julgado (...) (IDEM).

Segundo Coutinho (2001), é o estudo dos princípios que permite reflexão acerca dos motivos conceituais sobre os quais é fundada a teoria geral do processo, estejam os princípios positivados ou não. Como é elementar, o estudo dos princípios gerais do Direito Processual Penal é o que fornecerá a base para uma compreensão sistemática da matéria; e aí transcende a sua importância.

Alicerce para o sistema o arcabouço jurídico penal, o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade: concede ao réu a presunção da inocência e à acusação o ônus probatório, de maneira que restringe o cerceamento à liberdade, exceto em situações excepcionais de estrita necessidade. Em interpretação adequada, poder-se-ia dizer que o referido

princípio encontra consumação no art. 5º, inc. LVII da CF, em que há disposição acerca do reconhecimento da autoria criminal apenas diante de pressuposição de sentença condenatória transitada em julgado. As medidas cautelares, segundo o autor, exigem redobrado cuidado sob pena de ferir o referido princípio. Necessário considerar que ações como a quebra de sigilo fiscal, bancário, telefônico, busca e apreensão domiciliar ou a própria exposição da figura do indicado ou réu podem causar prejuízos irreversíveis à sua figura. Estas considerações serão úteis quando for dissertada a questão da propriedade legal das ações/meios de prova considerados ilícitos e que, em consequência, geram provas ilícitas.

Sarmiento *apud* Távora (2009) considera que o princípio de inocência estende sua premência de aplicação desde como regra de julgamento, regra de processo a regra de tratamento, o que permite assegurar garantias benéficas ao acusado durante a investigação e a tramitação da ação. Óbvio é que a concessão de proteção resguardada por este princípio não se consuma como anteparo à execução da missão estatal de investigar e punir (caso seja). Para Távora (2009), cabe a compreensão de que o princípio de presunção da inocência tem equivalência com o termo presunção de "não-culpabilidade"; pondera, contudo, que o texto constante do art. 5º, inciso LVII da CF ensaia uma distinção entre os termos. Junto com Sampaio *in: Princípios constitucionais penais*, Távora esclarece que a distinção entre os referidos termos resulta em interpretação semelhante à de Schreiber (2005), segundo a qual a presunção da inocência só poderia ser admitida enquanto não houvesse sido reunida quantidade de provas indiciárias contra o réu, de forma que caberia a este o tratamento similar àqueles já definitivamente condenados, desde que

houvesse lastro probatório contra si angariado. Fica evidente que há na verdade sob essa perspectiva de distinção entre culpabilidade e inocência adotada por Schreiber e Sarmiento haveria uma maior permissividade acerca dos meandros do processo em termos de ações probatórias que, sob o ponto de vista tradicional da distinção entre sujeito inocente e não-culpado não seria admitida. Isto porque, segundo aqueles que defendem a não diferenciação entre os já citados termos, bastaria a instauração do processo para que o réu deixasse de ser considerado inocente. Ao ver do referido autor, é inadmissível a adoção de uma tal distinção diante da atual ordem constitucional.

No enalço da garantia de mitigação da vulnerabilidade do sujeito de direito oferecida pelo princípio da não-culpabilidade, é sumamente necessária a existência de uma base principiológica que assegure a neutralidade necessária à sua condução. O princípio da imparcialidade do juiz atende a este reclame, uma vez que garante o afastamento do mesmo interessado no caso, conforme permissivos referidos no art. 254 e 252 do CPP para as hipóteses de suspeição e impedimento, respectivamente (TÁVORA, 2009). A existência desse princípio ocorre pela consideração de que o magistrado leva consigo valores intrínsecos a sua formação que acabam por contribuir para entendimentos/visões de mundo pessoais acerca da situação em análise. Acerca deste princípio, cabe esclarecer o sentido de neutralidade a que visa expressar o texto constitucional: considera-se neutralidade como atributo "aproximativo" capaz de garantir o cumprimento da Constituição de maneira honesta que prolate as decisões suficientemente motivadas (IDEM). Acórdão da 2ª Turma do STF explica as definições estabelecidas pelo princípio da imparcialidade. A imparcialidade depende não apenas da inexistência de vínculos entre o juiz e

os interessados na causa (esta denominada imparcialidade subjetiva), mas também quando deriva de uma condição de originalidade da cognição, isto é, origem do conhecimento que o juiz defenderá na causa a bem de expurgar do processo a existência de convicção ou juízo prévio no processo corrente ou anterior sobre os fatos a serem apurados ou acerca do tipo jurídico da lide a ser decidida. Por este ponto de vista, tanto em uma como em outra condição , objetiva ou subjetiva) implicaria perda da propriedade de exercício legítimo da função jurisdicional.

Em relação à garantia de tratamento isonômico das partes envolvidas no processo, o princípio da igualdade processual, visa ao prevalecimento da igualdade material que, segundo Capez (2002), deve ser entendida como a necessidade de tratar distintamente os desiguais. Também conhecido como princípio da paridade das armas.

Ganha mais expressão e efetividade o referido princípio com a introdução de alterações no art. 134 da CF, que assegura autonomia da Defensoria Pública. Fica patente que as alterações referenciadas aqui são essenciais para que se estabeleça paridade entre o órgão ministerial acusado oficial e os defensores, que deixam de ser, assim, meros pedines subjugados à boa vontade do Executivo. (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 2009).

O Princípio do contraditório ou bilateralidade da audiência impõe às partes a possibilidade de influenciar a decisão do magistrado a seu favor, permitindo que sejam trazidos ao processo fatos relevantes à finalidade conveniente a alguma das partes. Traduz-se no "binômio ciência e participação, com respaldo constitucional" (art. 5º, inc. LV da CF)." (TÁVORA,

Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*, 2009. p. 47).

A ampla possibilidade de defesa, por sua vez, é garantida conforme o art. 5º, LV da CF. Existem dois tipos de defesa: a autodefesa - realizada pelo próprio imputado e de efetuação facultativa ao réu - e a defesa técnica - efetuada por profissional habilitado e de caráter obrigatório. Fato é que, verificada deficiência ou inexistência de defesa técnica ao réu, poderá haver nulidade absoluta (para a defesa deficiente, a nulidade só se concretiza quando comprovado prejuízo para o réu), conforme estabelecido pela Súmula n.º 523 do STF.

Ainda são garantidas pelos princípios penais processuais a capacidade de exercício do direito de ação (princípio de ação, demanda ou iniciativa das partes) e a restrição de titularidade de execução de persecuções criminais a órgãos oficialmente incumbidos (princípio da oficialidade) (MOREIRA, 2007; SCHMITT, 2007). Esta titularidade está disposta na CF em seu art. 129, I e em consonância com ela está a fundamentação do princípio que rege a oficiosidade. A oficiosidade das ações judiciais pode ser compreendida como garantia de que apenas os órgãos oficiais gozam da prescindibilidade de condições especiais como pressupostos para a ação. A respeito disso, o princípio da oficiosidade garante que as atuações oficiais na persecução criminal estão dispensadas de condições quaisquer para agir. Em outras palavras, o princípio da oficiosidade assegura a legalidade de atividades *ex-officio* para a persecução criminal. Importante citar a situação excepcional que diz respeito às ações que pressuponham a autorização do legítimo interessado, tal qual a ação penal pública condicionada à representação da vítima. Mas ao

mesmo tempo em que se insere na coleção dos princípios processuais do direito penal a concessão do privilégio oficial de atuação *ex-officio*, exige-se do âmbito do corpo jurídico estatal a ação compulsória. Visando a este fim, o princípio da obrigatoriedade alude a obrigatoriedade da atuação pelos órgãos incumbidos pela persecução criminal e esclarece a inadmissibilidade do exercício de juízo de conveniência pelo promotor de justiça ou delegado (CAPEZ, 2002). Necessário que sejam feitas considerações a respeito da Lei n.º 9.099/1995, cujo objetivo é acomodar ou amenizar aquilo que Távora (2009) alcunha de "sanha penalizadora do Estado", chamada de princípio da obrigatoriedade mitigada ou da discricionariedade regrada, permite a existência da transação penal, que corresponde à possibilidade de submissão do suposto autor da infração a medida alternativa que não acarrete privação de liberdade em troca do não início do processo. As exceções feitas ao princípio da obrigatoriedade incluem os crimes de *ação penal privada*, definidos por aquele autor como aqueles em que "a titularidade da ação foi conferida à própria vítima (...), o que vigora é o princípio oposto, ou seja, o da oportunidade, pois cabe a ela ou ao seu representante escolher entre dar início à persecução criminal ou não". Vem ao encontro do propósito almejado pela obrigatoriedade de ação o chamado princípio da indisponibilidade. Em sua essência, nega a disponibilidade do processo penal ou do inquérito policial aos órgãos incumbidos de realizar a persecução criminal; isto é, uma vez iniciado o processo, não pode haver arquivamento dos autos do inquérito ou desistência da ação interposta (arts. 17 e 42 CPP). Assevera Capez (2002) que mesmo diante de convicção da inocência do réu por membro do Ministério Público, não lhe é permitida a disponibilidade do processo, senão a manifestação pela

absolvição do imputado. Tal qual para o princípio da obrigatoriedade, a lei 9.099/1995 também mitigou indisponibilidade implantando a possibilidade de suspensão condicional de duração compreendida entre 2 e 4 anos do processo para crimes com pena mínima menor ou igual a um ano (TÁVORA, 2009). Acerca das ações de caráter privado, a exceção ao princípio, isto é, a circunstância de indisponibilidade do processo poderá ocorrer como resultado de imperepção ou perdão à infração. Observa-se que para este tipo de causa, impera o princípio da disponibilidade. (IDEM)

O Princípio da verdade real institui que ao provimento jurisdicional cabe garantir a maior proximidade possível entre os fatos averiguados e juízos emitidos e o ideal de justiça e verdade. Távora opina que, embora a verdade real se revele inatingível, a materialização formal daquilo que se imagina ter acontecido satisfaz o anseio designado por este princípio. Sua correlação com o princípio do devido processo legal é estreita, sobretudo porque este visa a assegurar a inexistência de arbitrariedades que contribuiriam para a desvirtuação da ilibação do processo. De acordo com o art. 5º, inc. LIV da CF “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O devido processo legal traduz-se em sinônimo de garantia, em consonância com os ditames constitucionais. Serve de retificação ao processo tipificado e isento de desvirtuamentos. Júnior *apud* Távora (2009), a respeito do devido processo legal, afirma: “vê-se que esse princípio assume dentro do processo penal uma importância transcendental e que delinea todo o seu agir, limitando inclusive a atividade do legislador”, porquanto “deve a lei se conformar com os direitos e garantias fundamentais do cidadão”.

Este princípio merece atenção maior quando se considera a questão da admissão das provas ilícitas ou provas obtidas por meio ilícito, já que o devido processo legal reclama a devida persecução penal, limitada pela lei que rege os processos. A respeito da situação da inadmissibilidade sob a referência exclusiva do princípio do devido processo legal, se considerada apenas em relação a este princípio, haveria vedação total. No entanto, a respeito disso, Moreira (2007), entende que não há vedação absoluta devendo ser vista em cotejo com o princípio da proporcionalidade, a fim de que não haja grave prejuízo material ao direito substancial discutido ou protegido, apenas para se dar atendimento a uma forma procedimental. Aras (2001) cita que Segundo o art. 15 dessa Convenção:

*"Cada Estado-Parte assegurará que nenhuma declaração que se demonstre ter sido prestada como resultado de tortura possa ser invocada como prova em qualquer processo, salvo contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi prestada". Ou seja, em consonância com a garantia contra a auto-incriminação, o depoimento de pessoa torturada (declaração viciada e, portanto, nula) não pode ser utilizado no processo civil ou penal para servir de prova contra ela. Admite-se apenas a sua utilização processual para sustentar a acusação, noutro processo, contra o próprio torturador. (ARAS, Vladimir. *Princípios do Processo Penal*. Jus Navigandi. 2001)*

Já de acordo com Pariz (2008) a rejeição da prova ilícita com base no princípio do devido processo legal não deve ocorrer com base na assunção sumária e automática de que a hipótese de admissão de provas deste caráter denotaria violação àquele princípio. Na verdade, a questão é mais problemática e envolve considerações mesmas acerca da constituição do princípio aqui em discussão. Queiroz (1998) considera a necessidade de reconhecimento da real

abrangência do referido princípio. Segundo a autora, não há apenas uma abrangência formal (em termos de procedimentos), mas também uma abrangência substancial acerca do seu conteúdo. De acordo com Pariz: "Genericamente, o devido processo legal caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, ou seja, tem o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*."

Bastante conhecido é o princípio do favor rei ou favor réu. Estabelece que a prevalência da dúvida nunca pode prejudicar o réu, senão a seu favor (*in dubio pro reu*). Afirma Távora (2009): "Em verdade, na ponderação entre o direito de punir do Estado e o status libertóztis do imputado, este último deve prevalecer."

Está consagrado no princípio da autoritariedade que os órgãos incumbidos da persecução penal estatal são autoridades públicas. Desse princípio decorre a nota distintiva da decisão judicial em relação aos demais atos do poder público, consistente na aptidão de poder prevalecer contra a vontade de seus destinatários (MOREIRA, 2007).

Justifica-se pelo benefício de somar ao sistema jurídico uma maior praticidade a disposição do princípio do impulso oficial; este princípio impõe ao magistrado a necessidade de empenhar esforços a fim de que o mesmo chegue ao seu final através de "estipulação de prazos, determinação de intimações, marcação de audiências" (LUISI, 1991). Em empenho semelhante atua o princípio da economia processual. Seu mote é racionalizar o tempo e a condução formal do processo de maneira a evitar procrastinações e proteger

a vítimas e o imputado. Visa à celeridade do processo e colabora com a eficiência do sistema jurídico. Deve-se buscar a maior efetividade, com a produção da menor quantidade de atos possível. Acerca da celeridade vislumbrada por este princípio, Távora afirma que deve exigir do legislador ordinário um enfrentamento racional e equilibrado da estrutura procedimental, mas jamais se distanciando das garantias fundamentais do processo ético e provido de ferramentas que impliquem em segurança ao imputado. A celeridade não pode se afastar da qualidade na prestação jurisdicional, afinal, a reflexão é benéfica e necessária a justa composição das lides. Oportuno notar que a Lei n.º 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) asseverou em seu art. 62 o princípio em estudo, além do princípio da celeridade e da informalidade, como forma de imprimir a rápida solução dos conflitos, sem apego ao rigor formal, e tendo em mente que a procrastinação desarrazoada é asilo de injustiças não só à vítima, mas também ao imputado. Preocupado com a morosidade processual, o novel legislador, através da EC n.º 45/2004, acrescentou o inciso LVIII ao art. 5º da Carta Magna, professando que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável tramitação do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Do ponto de vista semântico, se aproxima dos dois últimos supracitados, o princípio da duração razoável do processo penal. Cujo objetivo é evitar a procrastinação indeterminada de uma persecução tendo em vista poupar os envolvidos dos efeitos e da exposição muitas vezes estigmatizadora. Mas, a mesma ponderação feita para o princípio da economia processual, cabe neste: embora seja verdade que a persecução

penal equilibrada demanda reflexão, também o são decisões eminentemente pragmáticas que colocam em segundo plano o efetivo acesso à justiça.

Exceto quando o sigilo for admissível, a exemplo da defesa da intimidade ou o interesse social, a publicidade dos atos processuais é regra, conforme o princípio da publicidade. A respeito da admissão de sigilo, a justificativa para as exceções comportadas pela lei abrange os atos para os quais são previstos resultados de escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, em conformidade com o texto do artigo 792 do CPP. Assim: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem" (CF, art. 5º, inc. LX). O art. 93, inciso IX, também da Constituição do Brasil, alterado pela EC n.º45/2004, assegura que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação" (SANCHEZ, 2010).

A publicidade abriga duas subclassificações, deve-se distinguir aquela relativa às partes (chamada publicidade interna ou específica) e a relativa ao público (publicidade externa). Esta última é que encontra mitigação pelas exceções postas no texto constitucional. Quanto às partes, a publicidade dos atos na fase processual deve permanecer intocada, justamente porque ela permitirá a materialização do contraditório e a participação no processo. O máximo que se poderia autorizar é a realização de ato sem a cientificação momentânea e, por sua vez, sem a publicidade imediata, o que se fará em

momento posterior, uma vez cumprida a diligência, a exemplo do que acontece com a realização de interceptação telefônica na fase processual. Decorrencia da democracia e do sistema acusatório, o princípio processual da publicidade encontra guarida no art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal, que declara: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem". Como crítica ao princípio, reconhecem-se benefícios e malefícios. Conforme Schmitt (2007), o maior dos benefícios é a dificultação de abusos, exageros, omissões e leviandades processuais, pela possibilidade de constante controle das partes, dos advogados, do Ministério Público, da imprensa e da sociedade. O mais desvantajoso dos malefícios é a possibilidade de haver a exploração fantasiosa ou sensacionalista de fatos levados a discussão nos tribunais. A publicidade surge como uma garantia individual determinando que os processos civis e penais sejam, em regra, públicos, para evitar abusos dos órgãos julgadores, limitar formas opressivas de atuação da justiça criminal e facilitar o controle social sobre o Judiciário e o Ministério Público.

O Princípio da motivação das decisões garante a liberdade decisória do juiz em conformidade com motivação legal. Submete às decisões não motivadas o ônus de nulidade insanável.

A possibilidade de revisão das decisões judiciais, isto é, a habilitação para a entrada de recursos através da reavaliação das decisões jurídicas em tribunais, é instituída pelo princípio do duplo grau de jurisdição. Oportuno considerar a nota de Moreira (2009) a respeito de que o duplo grau de jurisdição "não é princípio contemplado na Constituição, haja vista que processos existem sem que esse duplo grau incida, a exemplo daqueles de

competência originária do Supremo Tribunal Federal". É o caso de princípio sem universalidade de aplicação, uma vez que não é um enunciado normativo que incide indistintamente em todos os processos penais (Luisi, 1991).

O princípio do juiz natural, por sua vez, consolida o direito de ser processado pelo magistrado competente (art. 5º, inc. LIII da CF) e veda a criação de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, inc. XXXVII da CF). Em outras palavras, detém, impede a criação de tribunais de julgamento posterior ao fato a fim de avaliar o caso. Entrementes, o princípio do promotor natural ou do promotor legal se opõe ao promotor de encomenda, conforme defendido por Hugo Nigro Mazzilli *apud* Távora (2009). Determina que o promotor natural de uma causa haverá de ser apenas aquele previamente estatuído em lei, pressupõe e depende, portanto, da existência de um órgão do Ministério Público investido nas suas atribuições por critérios legais prévios. Existe em favor da preservação da independência funcional e da impessoalidade da representação legal. Exclui, por conseguinte, a permissividade quanto à existência de "promotores de exceção", em conformidade com a Constituição da República, em seu art. 5º, XXXVII, em que dispõe acerca da vedação de juízos ou de tribunais de exceção, não admitindo, a toda evidência, os acusadores por indicação (TÁVORA, 2009).

O princípio do juiz natural se extrai do art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal: "Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". O princípio do juiz natural: tem em vista assegurar a independência do órgão de acusação pública, o que também representa uma garantia individual, pois se limita a possibilidade de persecuções criminais pré-determinadas ou a escolhas tendenciosas de promotores para a atuação em

certas ações penais. A consequência disso é que será nula qualquer sentença condenatória (e mesmo absolutória) que advier de um juízo excepcional ou de um tribunal instituído. Casos há, entretanto, em que há legalidade nestes tribunais, tais como lembra Aras (2001):

- a) desaforamento de processos de competência do tribunal do júri;
- b) substituições entre juízes, em razão de férias, falecimento, afastamento temporário;
- c) e modificações usuais de competência, pela criação de novas varas ou juízos ou pela redistribuição de processos.

(ARAS, Vladimir. *Princípios do Processo Penal*. Jus Navigandi. 2001).

De caráter crítico evidente para a abordagem da ilicitude das provas em processo penal é o princípio da proporcionalidade. Para Távora (2009), não há uniformidade em sua apresentação doutrinária, as divergências acerca da sua possível sinonímia com o princípio da razoabilidade são universais. Há entendimento de que o princípio da proporcionalidade não se identifica com o princípio da razoabilidade. A favor desta distinção, Távora (2009) afirma que:

Enquanto o princípio da razoabilidade é denominação que representa uma norma jurídica consistente em um cânone interpretativo que conduz o jurista a decisões aceitáveis, o princípio da proporcionalidade, de origem germânica, representa um procedimento de aplicação/interpretação de norma jurídica tendente a concretizar um direito fundamental em dado caso concreto. Os que entendem razoabilidade e proporcionalidade como expressões sinônimas, contornam a diferença entre um fenômeno de aplicação do direito que requer o perpassar por três etapas (proporcionalidade = necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), de outro fenômeno que assim não exige, haja vista que tem o condão de orientar o intérprete a não aceitar como válidas soluções jurídicas que conduzam a absurdos (razoabilidade). (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 2009).

Pode ser visto também na sua faceta da proibição de excesso, limitando os arbítrios da atividade estatal, já que os fins da persecução penal nem sempre justificam os meios, vedando-se a atuação abusiva do Estado ao encampar a bandeira do combate ao crime. Importante interação com a proibição das provas ilícitas demonstra este princípio. Antunes (2004) considera que parte dos que vislumbram a possibilidade de se admitir uma prova ilícita montam seu lastro argumentativo com base na operacionalização do princípio da proporcionalidade, muitos em benefício do acusado e alguns em benefício da sociedade. A admissão seria efeito possível para causas em que os direitos em questão fossem comparados conforme a proporção de prioridade. Antunes (2004) afirma que para que se proceda a operacionalização do princípio da proporcionalidade é necessária a existência de um caso concreto, onde se verifique uma colisão de ao menos dois direitos fundamentais, para que se possa, de fato, sopesar aludidos direitos, a fim de se constatar qual deles, naquela situação, deve prevalecer.

De acordo com o princípio da inexigibilidade de auto-incriminação, ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Tal princípio limita o poder de punir do Estado na medida em que evita que os indivíduos sejam compelidos a declararem sua culpa. Está em estreita correlação com o princípio da presunção da inocência, uma vez que se fundamenta na presunção de que o ônus da culpa cabe ao contraditório, apenas (Luisi, 1991). Para os casos de provas obtidas por coação o princípio da inexigibilidade consiste em um exemplo para o qual a inadmissibilidade é quase absoluta, caso seja apenas considerado este fundamento. Eis porque a análise criteriosa dos vários princípios em processo penal é basilar e indispensável à discussão

acerca das provas ilícitas, uma vez que diferentes princípios apontam para uma inclinação diferente.

A jurisprudência brasileira, retratada em decisões do Supremo Tribunal Federal, recusa a possibilidade de obrigar o acusado a praticar ato tendente a servir como prova contra si próprio. Távora (2009), afirma ter a Corte Suprema brasileira a existência do princípio da inexigibilidade de auto-incriminação no direito pátrio, como se vê no seguinte trecho de decisão da lavra do Ministro Celso de Mello:

Esta Suprema Corte, fiel aos postulados constitucionais que expressivamente delimitam o círculo de atuação das instituições estatais, enfatizou que qualquer indivíduo tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 2009).

2. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PROVA

2.1 Conceito de prova

Antes de uma incursão no tema da ilicitude probatória, convém esclarecer o conceito de prova, a fim de que a abordagem do assunto esteja ladeada pela fundamentação doutrinária que lhe atribui a função, o objeto, suas subclassificações e limites. A análise da literatura doutrinária corrente permite notar que o cerne da questão se encontra na necessidade de dispor ao magistrado um meio de averiguação inequívoca acerca da causa em litígio. É, pois, a prova, o acesso à certeza ou ao resultado que assim mais se assemelhar; meio imprescindível à concretização e ratificação do status de justiça.

Para Choukr (2007), prova é o produto obtido por meio lícito pelas partes legitimadas visando à legitimação ou descaracterização do conteúdo da imputação. Este autor, elenca aspectos fundamentais à caracterização da prova, tais como, legitimidade, contraditório e funcionalidade. O emprego dos meios de prova devem ser atuados pelas partes cabíveis e submetidos ao crivo da parte contrária, todos estes requisitos visam a fornecer ao juiz natural os fundamentos de sua convicção. Choukr (2007) ainda estabelece correlação entre o elemento probatório no direito processual penal com a culpabilidade no direito penal material.

É portanto, a prova, demonstração da verdade dos fatos, elemento de importância vital à concretização da qualidade atribuída ao processo, qual seja,

realizar a reconstituição histórica dos fatos ocorridos com o fim de obter os resultados diante do que for comprovado. (Távora e Alencar, 2009)

No entanto, as definições clássicas de prova supracitadas não parecem contemplar uma abordagem crítica, profunda, de modo que, ao avançar em problemas como o da licitude, torna-se evidente a carência de uma definição dotada de semântica mais profícua.

Leal *apud* Silva (2005) esclarece que a configuração teórica de prova deve ser constituída de elemento, meio e instrumento, de maneira que estão destituídas de sentido jurídico-processual as que desta estrutura prescindirem. Conforme o autor, elemento de prova refere-se à realidade objetiva existente, o dado concreto a ser evidenciado como prova (seja uma arma, um cadáver, etc). Assevera Leal que o elemento por si não constitui suficiência na abordagem do problema, uma vez que em sentido jurídico-processual não constituiria elemento apto a formar a *cognitio*. O meio de prova, por sua vez, ajusta as condições nas quais se podem obter os elementos da mesma. São meios de prova regulados pelo Código de Processo Penal Brasileiro o interrogatório, a acareação, o depoimento, o reconhecimento de pessoas e coisas e a busca e apreensão. Há também que se considerar o uso dos denominados meios operacionais cujo fim maior corresponde à prevenção e repressão de atos cometidos por organizações consideradas criminosas. Acerca destes, Jus (2010) informa:

(...) a utilização de ações controladas, que consiste em retardar-se a intervenção policial, mantendo-se acompanhamento e controle da ação praticada pelo que se supõe ser organização criminosa

para concretização da medida legal, no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações (art. 2º, II); o acesso aos dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, mediante autorização do juiz (art. 2º, III); a captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, bem como seu registro e análise, mediante autorização judicial (art. 2º, IV); e, finalmente, a problemática utilização de agentes infiltrados (art. 2º, V).

Na Lei n.º 9.296/96 encontra-se a regulamentação do inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando a interceptação de comunicações telefônicas como meio de prova para instruir a investigação criminal ou a instrução processual. Na Lei Complementar n.º 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, encontra-se a previsão, como meio de prova, da quebra de sigilo prevista em seu art. 1º, § 4º. E, ainda, na Lei n.º 10.409/02 que revogou parcialmente a antiga Lei n.º 6.368/76, denominada Lei de Tóxicos, encontra-se a previsão dos seguintes meios de prova: agentes infiltrados (art. 33, I); ação retardada da autoridade policial (art. 33, II); acesso aos dados, documentos e informações fiscais, bancárias, patrimoniais e financeiras (art. 34, I); colocação sob vigilância das contas bancárias (art. 34, II); acesso aos sistemas informatizados das instituições financeiras (art. 34, III); e a interceptação e gravação das comunicações telefônicas (art. 34, IV).

Em todo caso, a compreensão do conceito de meio de prova permite perceber por que razão a ilicitude afeta o meio em vez de o elemento (Silva, 2005).

A prerrogativa para atribuição de caráter de ilicitude às provas encontra em Leal (2004) o sentido de elemento necessário à ordem democrática sob o argumento de existir em prevenção aos prováveis abusos de obtenção daquelas.

Segundo o referido autor, "(...) a busca obsessiva da certeza há de se conter, em Direito dos limites dos meios de obtenção da prova legalmente permitidos. A existência do elemento de prova, ainda que de certeza inegável,

não autoriza, por si mesma, a coleta da prova *contra-legem*." (LEAL, 2004, p. 182).

Uma vez considerada a necessidade de elemento de prova e os limites a respeito dos meios de obtenção da mesma, cabe definir o que se chama por instrumento de prova, que pode ser compreendido forma capaz de materializar de modo "gráfico-formal", no dizer de Leal (2004), os elementos obtidos, permitindo a fixação do mesmo no processo. Em outras palavras, pode-se conceituar o instrumento como o documento de cunho expositivo da obtenção da prova.

Fica, portanto, esclarecida e justificada a necessidade da composição formal da prova a fim de que possa usufruir de propriedade do ponto de vista jurídico-processual. Sintetiza o conceito de prova (ajustada em termos de constituinte processual dotado de elemento, meio e instrumento) o exemplo de Silva (2005):

Outro exemplo poderia ser o da realização do Interrogatório Judicial, que constitui um meio de prova, no qual é possível obter-se a Confissão, considerada um elemento de prova, estando esta registrada e fixada nos autos do processo pela formalização do Termo de Interrogatório, que é o instrumento de prova. Ou ainda, a realização de Audiência de Instrução, que é o meio de prova para obtenção do Testemunho, sendo este o elemento de prova que resta fixado nos autos do processo pela lavratura do termo de Depoimento de Testemunha.

2.2 Conceito de prova ilícita

De acordo com Petry (2003), a prova ilícita pode ser conceituada no sentido lato ou no sentido restrito. No sentido lato, abrange não apenas as provas que afrontam a Constituição, como também as contrárias às leis ordinárias e aos bons costumes. Em sentido restrito, dizem respeito àquelas

ofensivas às disposições legais e constitucionais. O jurista Ovídio A. Baptista da Silva torna evidente não fazer distinção entre a prova ilícita e a ilegítima, considerando-as uma só, quando afirma que "A doutrina moderna, tanto no campo do processo penal quanto no domínio do processo civil tem dedicado atenção especial ao problema das provas ilegítimas ou provas obtidas por meios ilegítimos".

Para Avolio (1999),

“por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração de normas ou princípios de direito material - sobretudo de ordem constitucional, porque (...) a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e acerto da verdade, tais os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência, e outros” (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas, Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 44.)

Segundo Petry (2003), entre os autores brasileiros existe a tendência de diferenciar ilicitude de ilegitimidade. De acordo com apelação cível emitida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,

Prova ilícita. Interceptação, escuta e gravação, telefônicas e ambientais. Princípio da Proporcionalidade. Encobrimento da própria torpeza. Compra e Venda com dano em pagamento. Verdade processualizada. Doutrina e jurisprudência.

1 – Prova ilícita é a que viola normas de direito material ou os direitos fundamentais, verificável no momento de sua obtenção. Prova ilegítima é a que viola as normas instrumentais, verificável no momento de sua processualização. Enquanto a *ilegalidade advinda da ilegitimidade produz a nulidade do ato e a ineficácia da decisão, a ilicitude comporta um importante*

dissídio acerca de sua admissibilidade ou não, o que vai desde a sua inadmissibilidade, passando da admissibilidade a utilização do princípio da proporcionalidade. (grifo pessoal)

2 – O princípio da proporcionalidade, que se extrai dos artigos 1º e 5º da Constituição Federal, se aplica quando duas garantias se contrapõem. A lei nº 9.296/96 veda, sem autorização judicial, a interceptação e a escuta telefônica, mas não a gravação, ou seja, quando um dos interlocutores grava a própria conversa. A aplicação há de ser uniforme ao processo civil, em face da comunicação entre os dois ramos processuais, mormente dos efeitos de uma sentença penal condenatória no juízo cível e da prova emprestada.

3 – A garantia da intimidade, de forte conteúdo ético, não se destina a proteção da torpeza, da ilicitude, mesmo que se trate de um ilícito civil. Na medida em que o requerido, deliberadamente, confessa ao autor o negócio realizado, mas diz que este não conseguiria prová-lo, pretende acobertar-se sob o manto da torpeza, com a inadmissibilidade da gravação. A conduta do autor manteve-se dentro dos estritos limites da justa causa, da necessidade de reaver seu crédito, sem interferência ou divulgação para terceiros.

4 – A prova testemunhal, ainda que indiciária roborada a existência do negócio jurídico havido entre as partes. (Apelação Cível nº 70004590683, TJRS, 2ª Câmara Especial Cível, Rel. Des. Nereu José Giacomolli, Data do julgamento 09.12.2002, negado provimento, unânime)

Sob este ponto de vista, a prova ilícita advém, portanto, de arbitrariedades e violações de normas ou princípios de direito material, mormente de direito constitucional, e quase que invariavelmente diz respeito ao assunto das liberdades públicas, ao qual cabe resguardar a intimidade, a liberdade e a dignidade humana. Para Petry (2003), também se refere ao direito penal, civil e administrativo, consideradas pelo autor como “áreas onde já se encontram definidos direitos ou cominações legais passíveis de se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência e outros” (PETRY, Vinícius Daniel. *A prova ilícita*. Jus Navigandi. 2003).

De acordo com Nelson Nery Júnior a ilicitude probatória existe quando a oposição a seu deferimento é de natureza material, de modo distinto da prova ilegal, que será, em conformidade com Petry (2003), sempre aquela violadora do ordenamento jurídico como um todo, compreendendo leis e princípios gerais, quer sejam de natureza material ou meramente processual. Ainda esclarece Petry (2003) que a prova ilegal é subitem ou, em seu dizer, gênero das espécies provas ilícitas e provas ilegítimas, já que aquela inclui em sua abrangência tanto a violação de natureza material, quanto a violação de natureza processual, a saber, respectivamente prova ilícita e ilegítima.

A despeito da recorrência com que a distinção entre legitimidade e ilicitude ocorre, para alguns autores, a diversidade de opiniões é supérflua, já que, em conformidade com o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, são consideradas ilícitas as provas obtidas com violação de qualquer norma legal ou princípio jurídico, sejam de natureza material ou processual.

Ramos (2003) prefere entender que as conceituações de prova ilícita, ilegítima e ilegalmente obtida são análogas, mas diversas. Para esta autora, a prova será proibida ou ilegal sempre que for obtida com violação à norma de natureza material ou com afronta à norma de natureza processual. Deste modo, pode a prova proibida ser ilícita ou ilegítima. Será ilícita ou ilicitamente obtida a prova que contrariar normas de direito material, quer sejam normas de cunho constitucional quer sejam normas de caráter infraconstitucional. Constituem provas ilícitas, por exemplo, aquelas obtidas com violação de domicílio, sem ordem judicial, e a confissão obtida mediante tortura. Já as provas ilegítimas são aquelas colhidas com afronta a normas de direito

processual, como “o interrogatório do réu menor sem que lhe seja nomeado curador e o laudo de exame de corpo de delito subscrito por único perito não oficial” (PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 161). Assim, ficam proibidas do ponto de vista processual penal tanto as provas que violem normas processuais (provas ilegítimas), quanto às provas que transgridam normas de direito material (provas ilícitas), importante exceção feita a esta no que tange ao fato de que o ordenamento jurídico não prescreve as sanções ou conseqüências decorrentes de sua utilização indevida. Em todo caso, conquanto haja uma celeuma doutrinária acerca da definição e classificação, a própria Constituição Federal dispõe que:

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

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO)”.

O tema acerca das provas lícitas está permeado de correntes diversas cuja variação essencial está centrada na possibilidade de aceitação ou recusa às referidas provas. Podem ser resumidas em três as correntes majoritárias que versam a respeito da questão, conforme Petry (2003). Estas seriam: a teoria obstativa, teoria permissiva e a teoria intermediária. A diversidade entre as três se explica pela variação entre a admissibilidade ou inadmissibilidade

absoluta. Pode-se entender a teoria obstativa como a que considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, de forma independente da relevância do direito em debate. Em outras palavras, esta teoria favorece a rejeição sumária a toda prova que seja considerada ilícita. Para o referido autor:

“reputa-se assim não apenas a afronta ao direito positivo, mas também aos princípios gerais do direito, especialmente nas Constituições assecuratórias de um critério extenso quanto ao reconhecimento de direitos e garantias individuais.” (PETRY, Vinícius Daniel. A prova ilícita. Jus Navigandi. 2003).

O sentido atribuído a esta teoria corresponde ao de prevenir a ocorrência de infrações legais que tenham como fim a obtenção de provas. Caberia ao órgão judicial, portanto, a busca pelas ocorrências ilícitas e a negação da eficácia atribuída à prova.

A teoria permissiva reconhece invariavelmente a prova resultante de meio ilícito como meio válido e eficaz e, portanto, passível de reconhecimento pelo ordenamento jurídico. Justifica-se pelo intento de busca pela verdade, considerado interesse maior da justiça, a desconsideração acerca da ilicitude absoluta da prova. Contra todas É, portanto aceitável a existência de provas ilícitas, segundo esta corrente, principalmente porque, prevalece a sujeição do infrator às sanções previstas pelo ilícito cometido.

Já a teoria intermediária na generaliza a priori a aceitação ou rejeição das provas ilícitas envolvidas no processo penal. Antes, pondera a necessidade de analisar caso a caso à luz do princípio da proporcionalidade, o

qual sugere a resolução da lide por meio do balanceamento dos valores em jogo. De acordo com Petry (2003):

A idéia de proporção já existia nos arquétipos do pensamento jurídico ocidental e tinha a conotação de direito, assemelhando-se muito a essa noção.

Na Antiguidade clássica, encontra-se o pensamento voltado ao princípio da proporcionalidade, no qual o direito deveria possuir alguma utilidade. (...) Modernamente, o conceito do denominado utilitarismo está presente no pensamento teleológico de Jhering, materializado na obra "*Zwed im Recht*" (Finalidade no Direito), onde surgiu a "jurisprudência dos interesses", que, mais tarde, ensejou a criação da "jurisprudência das valorações", atualmente dominante no ordenamento jurídico alemão.

No que tange ao aspecto moral, os antigos gregos compreendiam que seu comportamento deveria ser baseado na idéia de proporcionalidade como padrão do justo.

Tal noção foi realmente consolidada por Aristóteles mediante o conceito de "justiça distributiva", onde a partilha dos encargos e recompensas tinha que ser realizada de acordo com a posição ocupada pela pessoa na comunidade e pelos serviços ou desserviços que tenha prestado.

O termo "proporcional" (*verhältnismässig*), utilizado por Von Berg em 1802, ganhou relevância na esfera do Direito Administrativo, quando foi aventada a possibilidade da ocorrência da limitação da liberdade em virtude do Direito de Polícia.

Tendo em vista a proibição da força policial ultrapassar o limite estritamente necessário e exigível para a realização de sua finalidade, Wolzendorff criou o Princípio da Proporcionalidade entre os Meios e os Fins (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*). Durante a primeira metade do século passado, a aplicação de mencionado princípio restringiu-se ao Direito de Polícia do Direito Administrativo.

O princípio da proporcionalidade desempenhou um papel importante na Alemanha, no período pós-II Guerra Mundial que, rompendo-se com a ancestral tradição da *civil law*, foram reunidas possibilidades para um expressivo desdobramento da doutrina das liberdades públicas, amparada nos artigos 1º e 2º da Lei Fundamental Alemã.

A jurisprudência alemã, além de aplicar causas de justificação como a legítima defesa e o estado de necessidade, admitia exceções à proibição genérica de admissibilidade das provas ilicitamente obtidas, sob o fundamento de realização de

exigências superiores de caráter público ou privado, merecedoras de particular tutela. (PETRY, Vinícius Daniel. A prova ilícita. Jus Navigandi. 2003).

Carvalho (2005), entende que a corrente intermediária se consubstancia pela necessidade de evitar o engessamento do sistema, representando, assim, um ponto de equilíbrio entre as duas outras correntes que, segundo a mesma, têm caráter extremista. Para tal, são sugeridos posicionamentos mais flexíveis que

“compatibilizem a gravidade do caso, a índole da relação controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias (...)” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit. nota 07, p. 110/111 *apud* Carvalho, Michelle Aurélio. Flexibilização da inadmissibilidade das provas ilícitas. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005.)

A importância do princípio da proporcionalidade reside em conferir viabilidade de acomodação dos vários princípios e normas dentro de um mesmo arcabouço jurídico. Constitui-se o mesmo em um sistema de valoração de normas ou princípios jurídicos, frente a um conflito entre duas ou mais normas que, a priori, mostram-se antagônicas, e que, fatalmente, uma delas acabará por se subsumir à outra. Como a possibilidade de aceitação de provas ilícitas depende da consideração acerca dos interesses em conflito e da consideração acerca do(s) princípio(s) violado(s) pelo ilícito cometido, cabe ao magistrado a tarefa de acomodar os diversos direitos colidentes em uma ponderação e comparação à luz do princípio da proporcionalidade. Para a autora, o julgador está vinculado à observância dos critérios ensejadores do

princípio da proporcionalidade e, somente após a análise desses sub-princípios, deve o princípio ser aplicado para a conservação de determinado direito, em detrimento da proibição da prova ilícita. Caberia analisar a necessidade, a adequação e a ponderação ou proporcionalidade estrita. Conforme de Souza e Sampaio (2004), a necessidade se refere à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro em igual ou superior patamar de importância, isto é, na procura de meios menos nocivo capaz de produzir o fim propugnado pela norma em questão. Por sua vez, a adequação consiste na avaliação da conveniência da medida a ser adotada ao caso concreto e a proporcionalidade constituiria a valoração dos direitos em questão em termos teleológicos, ou, em outros termos, resguardando o cuidado para com os fins obtidos.

Além da possibilidade de admissão mesmo que sob a ótica de ponderação guiada pelo princípio da proporcionalidade, a corrente oposta, isto é, a que preconiza a inadmissibilidade fundamenta o seu juízo na Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. De origem norte-americana, a referida teoria foi criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos e entende que os vícios da “planta são transmitidos aos seus frutos”. Em outras palavras, os vícios de uma determinada prova contaminam os demais meios probatórios que dela se originaram. (FILHO, 2008). A “*fruits of poisonous tree*” tem em seu nascimento um preceito bíblico de que a árvore envenenada não pode dar bons frutos, ou seja, a prova ilícita originária ou inicial contaminaria as demais provas decorrentes. Porém, esta teoria não é absoluta sob a ótica do Direito Americano havendo limitações a sua aplicação Paulo Ivan da Silva *apud* Filgueiras (2007) afirma:

Com vista a dar efetividade a essas finalidades (principalmente a 1ª e a 2ª), a Suprema Corte Americana desenvolveu a teoria dos frutos da árvore envenenada (*the fruits of the poisonous tree*), segundo a qual a árvore ruim dará maus frutos: processo e condenação injustos e, conseqüentemente, nulos. Por outras palavras: independentemente da legalidade da colheita, a prova também será ilícita se derivar de outra prova ilícita. Depois disso, em cortes mais conservadoras, a Suprema Corte estabeleceu diversas limitações a essa teoria, dentre elas estas duas: a) limitação da fonte independente, segundo a qual os fatos descobertos a partir da prova ilícita não seriam necessariamente ilegais, se pudessem ainda ser provados por fonte independente; b) limitação da descoberta inevitável, pela qual a prova seria admissível se a acusação provasse que ela seria inevitavelmente descoberta por meios legais, etc. (FILGUEIRAS, Isaura Meira Cartaxo. *Teoria da árvore dos frutos envenenados*. Jus Vigilantibus. 2007).

No Brasil, a teoria dos frutos da árvore envenenada só se aplica às provas decorrentes, ou também como são conhecidas “por derivação” da prova ilegal, não se aplicando a provas sem relação com a contaminação. De acordo com Filgueiras (2007), o Supremo Tribunal Federal acolheu a teoria dos frutos envenenados julgando o seguinte:

Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, ‘nas hipóteses e na forma’ por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual

do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS nº 21.750, 24/11/93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (Fruits of the poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente. (STF, HC 69.912-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 155/508).

Persistem, no entanto, dissensões acerca da aceitabilidade ou não. O ministro Celso de Melo, do STF, argumenta a favor da inadmissão das prova obtidas por meios ilícitos:

(...) a absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de conseqüência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica. (STF, AP 307-3, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 13/10/1995).

Por outro lado, há os que defendem a tese de que a prova obtida por meios ilícitos, não poderá ser retirada dos autos, a não ser no caso de a própria lei assim o ordenar.

Cabe aqui , dissertar acerca da provas consideradas ilícitas por derivação. Não apenas as provas obtidas ilicitamente são vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro (interceptação telefônica sem autorização judicial, por exemplo), como também as denominadas “provas ilícitas por derivação”. (FILHO, 2008). A bem de uma compreensão mais detalhada, Nurmírio Filho exemplifica:

Se mediante uma interceptação telefônica ilegal angariam-se informações respeitantes à localização de uma “boca de fumo” ou da “res furtiva”, indaga-se se estaria contaminada pela ilicitude da interceptação a busca e apreensão de substâncias entorpecentes ou da coisa produto de furto. (...) Ora, se uma confissão deu-se de forma ilícita, sob tortura, por exemplo, não há como considerar válida a apreensão de objetos encontrados na residência do torturado, como se as mercadorias, por ele apontadas, fossem, incontestavelmente, produto de furto ou de roubo. (FILHO, Nurmírio Bittencourt Tesseroli. *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*. WebArtigos. 2008)

Sob tortura, inegavelmente, qualquer pessoa assumiria a autoria de uma determinada infração penal, como de um furto ou receptação, por exemplo, afirmando, por que não, que determinado bem, localizado em sua residência, foi subtraído furtivamente, por si ou por outrem; da mesma forma, sob tortura, o acusado possivelmente não só revelaria onde se encontra o produto do delito, mas também o paradeiro dos demais comparsas envolvidos com o fato delituoso (FILHO, 2008).

De acordo com Grinover (1992),

A Constituição brasileira toma posição firme, aparentemente absoluta, no sentido da proibição de admissibilidade das provas ilícitas. Mas, nesse ponto, é necessário levantar alguns aspectos: quase todos os ordenamentos afastam a admissibilidade processual das provas ilícitas. Mas ainda existem dois pontos de grande

divergência: o primeiro deles é o de se saber se inadmissível no processo é somente a prova, obtida por meios ilícitos, ou se é também inadmissível a prova, lícitamente colhida, mas a cujo conhecimento se chegou por intermédio da prova ilícita.

Imagine-se uma confissão extorquida sob tortura, na qual o acusado ou indiciado indica o nome do comparsa ou da testemunha que, ouvidos sem nenhuma coação, venham a corroborar aquele depoimento.

Imagine-se uma interceptação telefônica clandestina, portanto ilícita, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos. Essas provas são 'ilícitas por derivação', porque, em si mesmas lícitas, são oriundas e obtidas por intermédio da ilícita. A jurisprudência norte-americana utilizou a imagem dos frutos da árvore envenenada, que comunica o seu veneno a todos os frutos (...).(RPGESP,1992, n. 37, págs. 46/47).

Ainda de acordo com Filho (2008), a teoria dos frutos da árvore envenenada foi recebida pelo STF e tem sido aplicada pela Corte já há algum tempo. Desta forma, é de entendimento corrente pelo sistema jurídico em vigência no país que a prova ilícita originária corrompe todas as demais provas obtidas a partir dela, “devendo estas, além daquela, ser desentranhadas do processo, que terá seu curso normal, com fulcro no material probatório lícito produzido” (FILHO, 2008).

Conforme estabelece o “caput” do art. 1º, da CF/88, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, no qual governantes e governados estão sujeitos ao império das leis. Nesse Estado Democrático de Direito, vivenciado atualmente por nós, brasileiros, os fins não justificam os meios. A pessoa humana não terá assegurada a sua dignidade se o ordenamento legal admitir a produção e a valoração de provas ilícitas ou originárias destas.

Em suma, do conjunto de questões apresentado, extrai-se que o ordenamento jurídico, ao vedar a produção de provas ilícitas, preocupou-se verdadeiramente com os direitos fundamentais da pessoa humana, declarados como tais no texto constitucional vigente. Qualquer desrespeito à questão, seria uma afronta à dignidade da pessoa humana, fundamento primordial da República Federativa do Brasil e alicerce de nossa ordem político-jurídica.

[...] os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício de direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado. (DI PIETRO, 2007, p.61)

Sendo assim, pode-se dizer que a indisponibilidade do interesse público aparece como um freio ao princípio da supremacia do interesse público, na medida em que não confere ao administrador o direito de atuar livremente na busca do interesse público. Contrariamente, o atuar administrativo subordina-se à lei, restringindo-se tão somente às previsões normativas.

Justamente por conta disso é que o princípio da indisponibilidade do interesse público apresenta como desdobramentos uma série de outros princípios que regem a Administração Pública, tais como o da Legalidade, o da Impessoalidade, o da Publicidade e do Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos. Princípios estes que, conjugados com outros de igual importância, passarão a ser estudados com maiores minúcias no capítulo subsequente.

2.3 Conceito de Prova Ilícita por Derivação

Antes de um aprofundamento no tema da ilicitude e da derivação que a mesma implica, importante realizar uma breve incursão nas definições que o tema pressupõe. De acordo com Freitas (2010), embora não exista na lei nacional a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, a doutrina traz a seguinte diferenciação: enquanto a prova ilícita fere direito fundamental, direito material, a prova ilegítima fere direito material.

A lei 11.690/2008 determina a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos. São feitas as exceções para a possibilidade de admissão quando das seguintes condições: ausência de nexos ou obtenção a partir de fonte distinta ou independente.

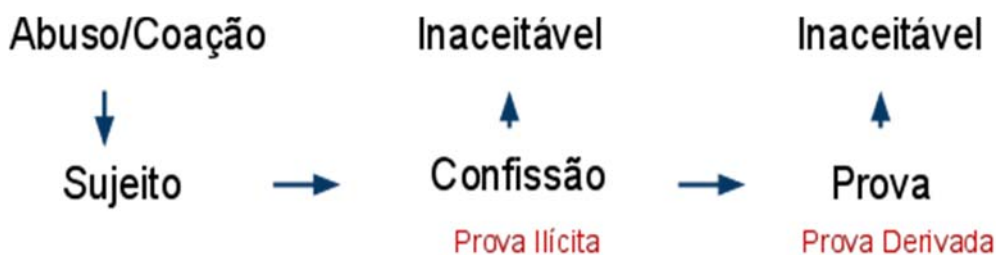
A não aceitação das provas consideradas ilícitas também se estende às provas desta derivadas, esta negação decorre da aplicação do princípio da inadmissibilidade. No sistema jurídico americano, a configuração de ilicitude depende da existências de três requisitos: (1) ação policial ilegal; (2) prova obtida na situação de ação ilegal de polícia ou (3) existência de nexos causal entre a ação ilegal e a obtenção da prova. E é deste sistema jurídico que se origina a corrente que orienta a disposição do sistema jurídico brasileiro acerca das provas consideradas ilícitas por derivação.

De acordo com Saad (2008), a rejeição das provas ilícitas por derivação surgiu nos Estados Unidos com o advento do caso *Silverthorne Lumber Co v. U.S.* (1920), dando origem à chamada teoria dos frutos da árvore envenenada. A partir de então, passa-se a compreender que o estabelecimento de nexos

causal entre a existência de vício comprometedor da prova obtida inicialmente e a sua relação com uma prova obtida *a posteriori* deflagraria uma eivação do processo em análise. De acordo com Saad (2008) esta admissão pelo arcabouço jurídico norte-americano foi acolhida com tamanha adesão, que se difundiu e se consagrou como linha orientadora do enfrentamento acerca dos casos de derivação, mormente pelos países da *civil law*.

No entanto, a fim de evitar uma petrificação das decisões jurídicas ao mero silogismo que a teoria dos frutos da árvore envenenada supõe, o direito americano estabelece três hipóteses em relação às quais se admite legalidade em provas que derivam de atos ilícitos. De acordo com Freitas (2010), a existência de fonte independente, a possibilidade de descoberta inevitável da prova derivada e a atenuação do nexo causal entre prova a ilícita original e a derivada, bem como a existência de boa fé na atitude da autoridade policial, caracterizam situações consagradas pelo sistema jurídico americano que habilitam a escapam à regra de transmissão do vício à prova conseguinte. Dentro deste sistema se compreende que a intenção do agente policial deve ser levada em conta quando da acareação de provas derivadas das lícitas, havendo aí a possibilidade aceitação quando for considerada de boa fé a motivação.

Em seguida, mostra-se esquema que ilustra a teoria da ilicitude e a sua transmissão à prova que desta derivar.



3. PROVA ILÍCTA POR DERIVAÇÃO E A TEORIA DOS “FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA”

3.1 A verdade e a certeza no processo penal e sua relação com a ilicitude

Argumento recorrente a favor da admissão das provas ilícitas nos autos processuais encontra-se na defesa da real versão dos fatos. A fim de esclarecer se o busílis da questão acerca da admissão ou não das provas ilícitas reside na necessidade de admissão da verdade, a bem da justiça, é necessário investigar as possibilidades de extensão do conceito de verdade no mundo do direito, bem como perceber se não há na verdade um ponto crítico outro que justifique a inadmissão das provas ilícitas que não a necessidade de admissão da verdade tão propalada por alguns. Segundo Filho (2007), a verdade não é de modo algum o escopo do processo, pois, embora seja elemento indispensável à habilitação das provas, reconhece-se que nem sempre será possível que se atinjam verdades evidentes na aplicação ou interpretação do direito. Para o referido autor, destarte o cerne da produção judicial seja o prosseguimento dos autos com a máxima probidade possível, a controvérsia é um componente inevitável, capaz de conduzi-lo a uma aproximação maior ou menor com a verdade. De acordo com Marinoni e Arenhart: *“No processo, a verdade não constitui um fim em si mesma, contudo insta buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado”*. (MARINONI; ARENHART, 2000, v.5, p. 30).

Além da verdade, a certeza acerca dos fatos ocorridos quando da averiguação da causa em processo. Acerca da certeza, Cruz (2003) define que

é outro dogma cuidadosamente cultivado entre os operadores do direito. Ela tem muito a ver com a verdade da qual constitui manifestação subjetiva, há certeza em relação a certa preposição. Para Dinamarco (1998), quando a mente afasta todos os motivos que conduziriam a desacreditá-la, diz-se que a “*certeza está em nós e a verdade nos fatos*” (DINAMARCO, 1998, p. 237).

Dinamarco ainda afirma que:

Calamandrei fala em ‘contraste entre a justiça e a certeza’, o que é menos correto porque a certeza não tem vocação à injustiça (o processo é justo ainda quando, para ser célere e conduzir logo a situação de certeza, se afasta dos fatos e da vontade concreta da lei -, desde que, naturalmente, seja observado o equilíbrio conveniente entre os dois valores, como procuro demonstrar) (1998, p.232).

Para Cruz (2003):

É inegável o valor da certeza no direito, pois todo o sistema jurídico se desenvolve, no sentido de produzir um estado de certeza quanto a direitos e obrigações, e as decisões judiciais devem ser tomadas através de critérios de certeza, diminuindo com isso o risco de injustiças e erros. Aplica-se, a palavra certeza na terminologia jurídica, para significar a convicção que se tem em relação ao fato ou à idéia, inconfundível quanto à qualidade da coisa. No sentido próprio do Direito Processual, em referência à matéria de julgamento, a certeza revela a própria convicção ou convencimento do juiz. E, assim, se mostra a qualidade do juízo, pela qual o entendimento se liga fortemente à matéria judicialmente debatida, a fim de que se solucione o litígio em face da verdade esclarecida. A certeza vem, sem dúvida, deste esclarecimento, em que a verdade jurídica se apresenta inconfundível. É que a certeza induz a própria ciência. Quem está certo ou em certeza, está ciente ou tem ciência de que a razão se formou pelo resultado a que chegou, em consequência do conhecimento certo obtido. Quando há dúvida ou divergência argüível, que proceda, não pode haver certeza. Na certeza, não há controvérsia. Como propriedade do conhecimento, a certeza, é a adesão da mente a um dos membros de uma alternativa, com exclusão do outro. Opõe-se à dúvida e à ignorância. Toda certeza se baseia numa evidência, isto é, só temos conhecimento certo daquilo que é para nós evidente. A certeza é a base da ciência, que em última análise é a estruturação lógica de conhecimentos certos. Nada prejudica mais o espírito científico do que a acumulação

de dados incertos ou duvidosos. Estes acabam por conduzir ao ceticismo. A certeza por outro lado, é elemento indispensável para a retidão do ato moral. Ninguém pode agir sem a certeza de que o que faz não é mau.

Dinamarco (1998), fazendo um paralelo entre certeza e justiça, assevera que:

No entanto, em que pese a importância da certeza para o direito, é preciso ter sempre em mente as palavras de Liebman: *“é própria de todos os juízos históricos uma margem de risco, porque “estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica”* (apud DINAMARCO, 1998, p.222).

Para Cruz (2003), a resignação acerca da impossibilidade de reconstituição da verdade traz em si a percepção realista de que a hipótese de reconstituição traz sempre consigo os aspectos subjetivos de quem vivenciou o acontecido ou, conforme cita o autor, do próprio juiz, acrescentando ao processo a sua própria valoração e distorção da realidade. Esta incursão acerca do conteúdo da verdade e de toda a subjetividade que essa aspiração envolve remonta ao conceito moderno de verdade que sofreu a contribuição dos postulados de física-quântica e do princípio da incerteza de Heisenberg, fazendo lembrar que não existe análise sem que haja interferência do observador ou mesmo alteração do conteúdo observado. Toda análise envolve interferência, nenhum pode se supor intacta. Isto considerado, ficaria ainda mais inverossímil a hipótese de averiguação reta, imparcial e integralmente constitutiva.

Ao ver de Cruz (2003), cabe no mundo do direito a satisfação com a verossimilhança, que corresponderia, de fato, ao que o autor menciona como quase-verdade, ou verdade aparente ou relativa. A partir deste ponto de vista, torna-se evidente que a figura do juiz ganha importância como o detentor da capacidade analítica acerca da verdade alegadas pelas duas partes em lide. Marinoni (2000), afirma o seguinte:

Quer-se um juiz que seja justo e apto a desvendar a essência verdadeira do fato ocorrido no passado, mas reconhece-se que a falibilidade humana e o condicionamento desta descoberta às formas legais não o permitem. O juiz é um ser divino, mas ainda assim tem, como objetivo de sua pesquisa, a verdade objetiva – verdade esta que lhe é , assim como a todos os demais, intangível. Exige-se, portanto, que o juiz seja um deus, capaz de desvendar a verdade pela controvérsia das partes – onde cada qual entende estar com a “verdadeira” verdade e, portanto, com a razão. O juiz é um ser humano como qualquer outro e sujeito, conseqüentemente, a valorações subjetivas da realidade que o cerca. A figura mítica do juiz, como alguém capaz de descobrir a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça, deve ser desmascarada (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 5, Tomo I., p.42).

No entanto, a respeito das provas ilícitas ou derivadas desta, a teoria tradicional se recusa à aceitação da falibilidade do juiz, excetuando a decisão destes casos não à discricionariedade deste, mas ao que foi previamente disposto pela legislação. Há tacitamente, nestes dispositivos de oposição às provas ilícitas, um reconhecimento acerca do risco que implicaria relegar ao juiz o poder de decisão diante das provas obtidas por meios inadmissíveis. Desta forma, o ordenamento jurídico prefere admitir a exclusão da verdade aparente em nome de proteger que a admissão esporádica de meios ilícitos torne-se tão freqüente a ponto de legitimar a prática moralmente rechaçada.

Portanto, evidencia-se que a oposição sumária a meios de prova ilícitos não prioriza a verdade aparente, mas a prevenção da possibilidade de o ordenamento jurídico incorrer em admissão de meios de prova considerados imorais ou abusivos, não só em proteção do indivíduo, mas até mesmo da segurança e reputação do próprio ordenamento.

Em outras palavras, a limitação ao poder de decisão discricionária do juiz imposto pela exclusão a priori das provas ilícitas leva em conta a proteção contra o erro judiciário como bem superior à escutinação da “verdade aparente” dos autos constantes do processo. Acerca, Cruz (2003) afirma que:

O erro judiciário, embora justificável sobre o aspecto de impossibilidade de apuração da verdade real, pode ser de grande poder ofensivo, configurando-se como uma das mais sérias formas de dano que podem ser causados pelo Estado. No Brasil a responsabilidade criminal é em larga medida a mais delineada, no entanto se verifica que está sendo cada vez mais possível a responsabilidade objetiva do Estado por erro na prestação jurisdicional cível. (...) Apesar de toda uma discussão que há sobre o tema, os argumentos são hoje, em face da Constituição, constituindo tendência cada vez maior a possibilidade de responsabilização do Estado por atos do juiz em sua atuação jurisdicional acometida de erro. Ocorrendo o dano e nexos causal, entre a ofensa a um direito material e o ato jurisdicional provocador do dano, surge a responsabilidade do juiz pelo seu erro, e o ofendido, poderá ressarcir-se, seja por via de ação direta do ofendido, através do art. 133, CPC, ou por via de ação de regressão do estado, segundo o disposto no art. 37, §6º da CF. (Cruz, Chelei Machado da. A verdade e o Direito. In *JusVi*. 2003.)

Acerca da possibilidade do erro judicial, Moreira (1997) afirma que:

Todo aumento de poder acarreta, necessariamente, um correlato aumento de responsabilidade. Temos que caminhar no sentido da efetiva responsabilização dos juízes pelo exercício incorreto (por falta ou por excesso) dos poderes que a lei processual lhes atribui. É difícil, por exemplo, continuarmos a aceitar com tranqüilidade que, anulado um processo em razão de grave erro in procedendo, não se obrigue o juiz que o cometeu a ressarcir os danos porventura

causados pelo indevido prolongamento do feito, em razão de sua inépcia. (MOREIRA, 1997, p. 74).

Já Dinamarco (1998) concebe que: “Riscos de erro judiciário há e são inevitáveis em face das humanas limitações à possibilidade de conhecimento. Além disso, esses riscos não de ser calculadamente aceitos, desde que constituam o custo aceitável de outras vantagens certas” (DINAMARCO, 1998, p. 251).

Apesar destas considerações acerca da importância do benefício de escolha pela verdade aparente por parte do juiz, a questão da rejeição às provas ilícitas parece transcender um dilema entre admitir ou não a verdade, mas, de modo mais complexo, parece que inclui em si o dilema entre admitir a verdade ou colocar em risco a ordem social diante da admissão de meios hediondos, imorais ou ofensivos aos costumes como fundamentos válidos para obtenção de provas.

3.2 Contraposição com o princípio da proporcionalidade

Para Acioli (2006), cabe à magistratura a função de criar o Direito, promovendo o seu aperfeiçoamento e adaptação às necessidades sociais modernas, permitindo inclusive interpretações mais lógicas e aprazíveis. De acordo com o autor, o princípio da proporcionalidade, erigido a partir do direito alemão, sopesa os bens e sacrifica o de menor carga valorativa.

A teoria alemã estabelece os fundamentos e orientações para que a prática jurídica possa ser desenvolvida em associação com o princípio da

proporcionalidade. Permite assim que o conteúdo das lacunas processuais como as relativas às decisões que envolvam o direito processual penal sejam passíveis de uma integração do seu conteúdo com um anteparo capaz de fornecer ao juiz mais do que uma interpretação mais complexa e viva do que uma simples exegese e menos avulsa e errante do que uma sentença induzida livre e levemente a partir de um princípio e dos aforismos que ao mesmo pode estar subjacentes.

Neste sentido, o princípio da proporcionalidade surge na teoria processual alemã como composto de três outros subprincípios, quais sejam, o subprincípio da proporcionalidade, o subprincípio da adequação e o subprincípio da exigibilidade. A proporcionalidade impõe ao Estado a capacidade de ponderar acerca dos danos causados com a admissão da prova ilícita e os resultados a serem obtidos com a medida. A adequação, exige como requisito para aplicação do princípio da proporcionalidade a existência de aptidão dos meios para que alcancem os fins colimados e o componente exigibilidade impõe que o meio utilizado seja estritamente necessário face à pretensão da prova.

Segundo Acioli (2006), a análise da composição do princípio da proporcionalidade à luz da teoria alemã é de interesse para que seja desfeito o mito da subjetividade do juiz na aplicação da teoria da proporcionalidade, amenizando assim a abstração e permitindo a funcionalidade de critérios para avaliar a razoabilidade judicial. O autor ainda afirma que:

Noutro giro, reforçando a necessidade de aplicação da teoria da proporcionalidade, cabe assinalar a superação da dicotomia entre a verdade real e formal, devendo ser buscada incansavelmente no processo do trabalho a reconstrução possível da realidade fáctica. É crucial o estabelecimento de uma única verdade forense tanto para o processo penal quanto

para o processo do trabalho, dado aos relevantes interesses discutidos no âmbito trabalhista, impondo-se objetar a ficção da verdade adjetivada formal, pois esta coincide, quase sempre, com uma inverdade real, sendo, pois, injustificável a submissão a dogmas que se apresentem injustos na apreciação de casos concretos, os quais necessitam ser contornados criativamente, com supedâneo em todas as ferramentas que o ordenamento jurídico nos oferece, dentre as quais, avulta o princípio da proporcionalidade. (ACIOLI, José Adelmy da Silva. A admissibilidade da prova ilícita em caráter excepcional de acordo com o princípio da proporcionalidade. XIII Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho. 2006).

3.3 Provas ilícitas por derivação e a lei nº 11.690/2008

No Brasil, embora a doutrina predominantemente recomendasse a rejeição das provas ilícitas por derivação, o parecer legal só surgiu com a lei 11.690/2008, que dispõe o seguinte:

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

(Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Ao contrário do americano, o sistema jurídico brasileiro apresenta maior semelhança com o alemão, no que concerne à admissão de exceções e sobretudo acerca da teoria da boa fé, como informa Freitas (2010). De acordo com este autor, o sistema brasileiro, em semelhança com os alemães, prioriza a garantia dos direitos fundamentais em detrimento à conformidade policial. Na opinião de Freitas (2010), a possibilidade de sustentação da teoria da boa fé do agente policial para obtenção de provas derivadas das ilícitas é utópica e inadequada no Direito praticado no Brasil, já que no dizer do próprio autor:

Ora, num sistema em que a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos foi alçada à condição de garantia fundamental, assim como a honra e a intimidade, é muito pouco provável que na análise de um caso concreto fosse possível, mesmo lançando-se mão da regra da proporcionalidade, afastar-se a ilicitude da prova em razão da boa-fé do agente policial. É que a Constituição criou as regras restritivas da atividade investigatória como forma de proteção aos direitos fundamentais do cidadão, de modo que o efeito pedagógico que tais decisões têm, em que pese serem uma consequência natural e bastante positiva, não é estruturante do sistema. Imagine-se, a título de exemplo, uma hipótese em que o juízo competente, ao deferir uma interceptação telefônica, comete um erro material na hora de expedir os ofícios às operadoras de telefonia e, ao invés de determinar a quebra no número X determina a quebra do número Y, e que a autoridade policial, ao fazer a análise das escutas, constata a ocorrência de um crime. Nessa hipótese, em que pese ter a polícia agido absolutamente de boa-fé, essa prova não poderá ser validamente utilizada, porque foi colhida por meio ilícito, não podendo ser tal ilicitude afastada unicamente ante a boa-fé da autoridade policial. (FREITAS, Marcio Luiz Coelho. A prova ilícita e suas exceções. Blex: Blog Jurídico. 2010.)

De se notar, ainda, que não se está aqui defendendo a impossibilidade dos órgãos encarregados pela investigação penal tomarem medidas que acabem por, de certa forma, vulnerar a intimidade dos investigados, até porque a proteção á intimidade, como de resto todo e qualquer direito fundamental, não tem caráter absoluto, sendo possível resolver-se eventual colisão entre

princípios mediante a aplicação da regra da proporcionalidade. Que se está afirmando aqui, ao refutar a aplicabilidade da teoria da boa-fé, é que, em nosso sistema, não há como validamente sustentar-se que a boa-fé da autoridade policial é suficiente para afastar a ilicitude da obtenção de uma prova. (Freitas, 2010).

Apesar de não admitir o argumento da exceção de admissão por boa fé do agente policial, o STF se manifestou no sentido de que admite a aplicação da ponderação na verificação da exclusão de provas. Cabe como exemplo, a gravação ambiental feita por um dos interlocutores. Exemplo é citado por Freitas (2010), que dispõe a existência de decisão no RG na QO no RE 583.937/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 19.11.2009, DJE 17.12.2009:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC.

É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

Mas, via de regra, a legislação brasileira assegura-se o direito de garantir a efetividade do "*due process of law*" e, para tal, intensificou a tutela constitucional de preservação dos direitos e prerrogativas que assistem aos acusados em âmbito processual penal, a bem de evitar arbitrariedades que possam incorrer em má reputação para o judiciário. De acordo com Freitas (2010), a legislação brasileira só admite aceitação de provas derivadas das ilícitas quando decorrem de novos elementos de fontes autônomas da prova,

que não mantenha relações de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita. É portanto, na estrutura processual penal brasileira aceita a prova ilícita por derivação quando ficar comprovado o argumento da "*independent source*" (i.e., fonte independente para a obtenção da mesma). Para Freitas (2010), pode-se definir como fonte independente:

(...) prova "contaminada" pela ilicitude quando houver elementos que demonstrem que esta prova também seria descoberta ou obtida a partir de uma outra fonte, que nenhuma relação guarde com aquela em que se verificou a violação aos direitos do investigados. Como afirma Jeffrey Jenkins, esta teoria "visa colocar a polícia na mesma situação em que estaria se a prova não houvesse sido obtida impropriamente. Isso equilibra o interesse da sociedade em impedir a polícia de agir ilegalmente e o interesse da sociedade em garantir a persecução penal"(tradução livre). (FREITAS, Marcio Luiz Coelho. A prova ilícita e suas exceções. Blex: Blog Jurídico. 2010).

Tem-se, pois, que no sistema jurídico-penal brasileiro a ponderação e a proporcionalidade são vetores constantemente considerados quando da apreciação da extensão das ilicitudes da prova. De qualquer sorte, mesmo quando aplica a teoria das exclusões do direito americano, o STF sempre ressalva a possibilidade de temperamentos, especialmente no que concerne às provas derivadas. Neste sentido, vale transcrever decisão proferida no HC 93050, Relatada pelo Min. CELSO DE MELLO:

(...) ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. – A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia

constitucional do “due process of law”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A “Exclusionary Rule” consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum”. Doutrina. Precedentes. – A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. – Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. – Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. – A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. – A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a

eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. – Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

3.4 Correntes doutrinárias existentes e solução à luz do método dedutivo

De acordo com Gomes Filho (1997), até o início do século XX imperava o entendimento de que o Direito de prova era ilimitado. O vício era entendido como pré-processual e o compromisso com a verdade era real. A jurisprudência norte-americana, com as suas *exclusionary rules* acabaram influenciando a *civil law* mundo afora.

Segundo Acioli (2006):

A partir desse momento histórico, vários países da Civil Law passaram a comungar desse entendimento, preconizando que o processo deveria ser margeado por conceitos éticos em defesa das garantias fundamentais do indivíduo. Observada a evolução histórica da discussão doutrinária e jurisprudencial, pode-se reunir os posicionamentos sobre o tema em quatro grupos⁵, a saber. 1ª) Corrente permissiva – admite a produção da prova ilícita, desde que verdadeiro o seu conteúdo e não fulminada por uma sanção expressa de direito processual. As sanções de índole material incidem no campo extraprocessual, não refletindo no processo que está comprometido com a reconstituição da verdade e que impescinde de qualquer elemento formador da convicção judicial tendente a gerar uma sentença justa. Seus mais renomados adeptos são Carnellutti e Franco Cordero. No Brasil, seus principais defensores (Alcides Mendonça Lima, Tornaghi e Yussef Cahali), após a promulgação da CF/88, passaram a sustentar a tese de que as provas ilícitas seriam meros indícios, podendo o julgador se

valer de tudo quanto colhido nos autos a partir deles. 2ª) Corrente obstativa – não empresta nenhuma validade ou eficácia às provas ilícitas, fundamentando-se em uma visão unitária do ordenamento jurídico e no princípio da moralidade administrativa. A ilicitude atingiria o direito como um todo e não em partes separadas. Por outro lado, a repressão à criminalidade e a sustentação das relações jurídicas exigiriam do Estado/Juiz uma postura ética que seria incompatível com a admissão processual da prova ilícita. Seus maiores defensores são Nuvolone, Vescovi, Frederico Marques, Humberto Teodoro Júnior e João Batista Lopes. 3ª) Corrente obstativa por fundamento constitucional – abstraído o aspecto da legitimidade, a prova ilícita feriria princípios constitucionais, daí seria evitada de inconstitucionalidade. Nesse sentido, Cappelletti, Comoglio e Bauer. Mercê da interpretação literal e isolada do princípio insculpido no art. 5º, LVI, da CF/88, esta corrente de pensamento graceja de forma dominante na jurisprudência pátria. 4ª) Corrente obstativa atenuada pela teoria da proporcionalidade – não admite a prova ilícita como princípio geral, mas a aceita em situações excepcionais em que, objetivamente, necessite-se proteger valores mais relevantes que os protegidos com a proibição da colheita probatória. Tem por imprescindível o sopesamento judicial dos bens jurídicos envolvidos, tutelando-se o de maior carga valorativa. Sustenta, ainda, que nenhum princípio constitucional é absoluto, devendo conviver harmonicamente com outros de igual inspiração na Magna Carta. Defendem essa opinião Ada P. Grinover, Antônio Scarance, Antônio Magalhães G. Filho, Barbosa Moreira, Moniz Aragão, José Roberto Bedaque, Alexandre de Moraes, Fernanda Pinheiro, Gisele Góes, entre outros.

Parece que há concordância acerca do fato de que a corrente obstativa é, entre todas, a que mais preserva a Carta Magna e os princípios por ela dispostos contra a possibilidade de abusos justificados pela necessidade de aceite à derivação.

De acordo com Gomes Filho (1997), até o início do século XX imperava o entendimento de que o Direito de prova era ilimitado. O vício era entendido como pré-processual e o compromisso com a verdade era real. A jurisprudência norte-americana, com as suas *exclusionary rules* acabaram influenciando a *civil law* mundo afora.

4. PROVAS ILICITAMENTE CONSEGUIDAS

4.1 Comunicação por carta e telegráfica

A Constituição Brasileira de 1988 dispõe em seu artigo 5º, inciso XII, que:

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. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988).

Também o código penal brasileiro estabelece em seu artigo 151 a ilegalidade da violação de correspondência, sendo configurado como crime nos seguintes pormenores:

Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo 1º Na mesma pena incorre:

I – quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada e, no todo ou em parte, a sonega ou destrói.

Pelo disposto na lei nº. 6.538/78, correspondência é definição que abrange é toda comunicação de pessoa a pessoa, carta, através da via postal ou telegráfica. O código penal brasileiro estabelece as exceções para a hipótese de legalidade para a violação de correspondência apenas diante das

situações citadas pelos artigos 136 e 139 da CF, a saber, em Estado de Defesa e Estado de Sítio.

Oliveira (2003) preconiza uma incursão no tema através de uma pesquisa acerca do conteúdo axiológico que propõe o vocábulo sigilo. A respeito, afirma:

Cabe-nos, nesta oportunidade, tecer algumas considerações a respeito do sigilo que, no nosso Aurélio, diz taxativamente "segredo". Dra. Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico, da Saraiva, aponta o verbete Inviolabilidade de Correspondência: "Direito constitucional e direito penal. Garantia pela qual se respeita o sigilo de correspondência, sob pena de detenção ou multa àquele que, sem autorização, vier a devassar o conteúdo de carta ou telegrama". É, portanto, o violador de correspondência, o sujeito que responde pelo crime constitucional e passivo da penalidade que lhe imputa o nosso Código Penal. (OLIVEIRA, Bel. José Roberto Guedes de. A inviolabilidade de correspondência. KPlus. 2003)

O mesmo autor considera inadmissível a ocorrência da violação, mas contrapesa com a existência de considerações que abrandam ou mesmo anulam o grau de ilicitude do ato, como quando a correspondência é endereçada a determinada pessoa, porém "aos cuidados" de outra. Ou, ainda, quando endereçada em "atenção da pessoa", mas utilizando o título e o endereço de uma empresa ou órgão público.

Em verdade, existe ênfase acerca da ilicitude das provas derivadas da violação de correspondência, no entanto, o objeto sobre o qual se dá a violação, não raro incorre na necessidade de reforçar a conceituação semântica que legislador quis atribuir ao termo correspondência. Neste sentido, é útil ao ordenamento dispor da possibilidade de proceder à distinção, já que

desta maneira, evita que um reclame de criminalização seja impedido pela rigidez conceitual da lei. Em jurisprudência ementada que data do ano de 2001, o STF realiza importante compreensão acerca da diferença entre a violação entre correspondência e violação de encomenda.

Jur. ementada 818/2001: Entorpecente. Apreensão de encomenda na agência dos correios antes de ser entregue ao destinatário. Possibilidade. Encomenda não é correspondência.

STJ - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Nº 10.537 - RIO DE JANEIRO (200010105234-9) (DJU 02.04.2001, SEÇÃO 1, p. 311)

RELATOR : MIN. EDSON VIDIGAL

RECTE : G.M.F.

ADVOGADO: GUILHERME MARTINS FREDERICO

RECDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL TIGRE DE PELÚCIA CONTENDO COCAÍNA. APREENSÃO DE ENCOMENDA NA AGÊNCIA DOS CORREIOS ANTES DE SER ENTREGA AO DESTINATÁRIO. AÇÃO PENAL. PROVA ILÍCITA. QUEBRA DE SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA.

1. Correspondência, para os fins tutelados pela Constituição (art, 5, VII) é toda comunicação de pessoa a pessoa, carta, através da via postal ou telegráfica. (Lei nº 6.538/78).
2. Apreensão pelo Juiz competente, na agência dos Correios, de encomenda, na verdade tigre de pelúcia com cocaína, não atenta contra a Constituição da República, art. 5, VII. Para os fins dos valores tutelados, encomenda não é correspondência.
3. Recurso ordinário conhecido, mas não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade dar provimento ao Recurso. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros José Arnaldo, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 13 de março de 2001 (data do julgamento).

(Retirado de: IBCCRIM: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais).

4.2 Comunicações Telefônicas (Interceptação: Requisitos Legais Constantes Na Lei 9.296/96)

A Constituição Federal de 1969 vedava de maneira expressa a violação às comunicações telefônicas e às correspondências. Há, no § 9º ao art. 153 da Emenda Constitucional nº01, o seguinte trecho: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas.” De acordo com Ghisleni *et al* (2005), a esse tempo, as eventuais provas colhidas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, obtidas mediante a quebra do sigilo das comunicações eram banidas do processo, já que configurada a ilicitude das mesmas. , mesmo se houvesse necessidade das mesmas para a elucidação de crimes de difícil esclarecimento e resolução. De acordo com a autora:

Tais provas eram tidas como ilícitas por violarem direitos e garantias individuais constitucionais, neste caso, o sigilo às comunicações pessoais, faceta do direito à intimidade, que até

então, consoante a literalidade do texto constitucional, era considerado absoluto. (Ghisleni, Christiane. Sistema constitucional das provas penais: ilicitude e direitos fundamentais. In: Série monografias jurídicas 10. Volume III. 2005. P.65)

Na prática, há celeuma a respeito da conciliação entre o interesse do Estado, legitimado a exercer o *jus persecutio* e o reclame individual por liberdade de estabelecer contato telefônico seguro e com a garantia de que não haverá uso contra a própria pessoa. Fernandes (2002) afirma que, embora complicado, é forçoso tentar manter equilíbrio entre o poder e a atribuição estatal e os direitos e a liberdade individuais:

Não é fácil, contudo, atingir o ponto de equilíbrio. De um lado, é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade crescente, violenta, organizada; por outro, deve o cidadão ter garantida a sua tranqüilidade, a sua intimidade, a sua imagem e, principalmente, ser dotado de remédios eficazes para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais. (FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002. p. 84.)

Já a Constituição Federal de 1988, expressa uma relativização da regra de exclusão admitida na anterior. Conforme Ghisleni (2005), há um condicionamento e proporcionalidade às necessidades da investigação criminal e instrução probatória penal, de maneira que não há pretensão de consagrar a proteção da intimidade e da vida privada dos indivíduos como princípio absoluto.

Moraes *apud* Ghisleni et al (2005) entende que o legislador optou por expressar o direito à intimidade e privacidade em proteção do interesse jurisdicional do Estado e afirma que os requisitos obrigatórios para o afastamento desta garantia estão constitucionalmente previstos. Há entendimento de que ao amenizar o traço categórico de exclusão que a CF de 1969 impunha (isto é, não admitia o uso do conteúdo para fins probatórios nem investigatórios), a CF de 1988 preservou a necessidade estatal de proteção à sociedade.

Não é de maneira reticente que existe a possibilidade de precedente para a interceptação, do contrário, a CF estabelece as exigências legais para configurar a legitimação de tais ocorrências. Em seu art. 5º, XII, estabelece a CF a licitude das provas obtidas por meio de interceptação telefônica condicionada a três pressupostos legais: (1) autorização judicial para a quebra de sigilo; (2) uso do conteúdo interceptado como para fins de investigação penal ou de instrução processual penal e (3) adequação às hipóteses na forma que a lei determinar.

Ghisleni (2005) interpreta a postura da CF de 1988 como uma forma de esclarecer ao cidadão o fato de que não será possível a busca de informações para fins processuais ou investigatórios nas fontes íntimas/privadas, a não ser que por meio de expressa autorização de juiz, após adequada fundamentação e estabelecido o nexo com a investigação penal ou instrução processual desejada.

A autorização legal por juiz deve ser seguida de despacho fundamentado com descrição das razões motivadoras da concessão do direito.

“Ou seja, não basta, não satisfaz às exigências legais a simples autorização precedida pelo juiz para que se dê a quebra de intimidade.” (HABIB, Sérgio. O dilema das interceptações telefônicas; direito à intimidade e o *jus persecutio* estatal. *Consulex*, Brasília, nº 148, p 17, mar. 2003.)

Assevera Ghisleni (2005) que para assegurar que a competência da autoridade, a lei proíbe a delegação da decisão acerca do uso das informações interceptadas:

Exemplifica-se: autorizada a interceptação das comunicações telefônicas, necessitar-se-á de um técnico que realize e efetue as gravações. Gravadas as informações, somente o juiz poderá invalidar, completamente, a prova assim obtida, ou a investigação em documentos ou arquivos particulares do acusado. (Ghisleni, Christiane. Sistema constitucional das provas penais: ilicitude e direitos fundamentais. In: Série monografias jurídicas 10. Volume III. 2005. p. 69)

Como forma de vedar a o uso de recurso para a obtenção de provas de tal natureza ao domínio do Direito Penal, a constituição estabelece outro requisito, qual seja, o de restrição da abertura excepcional da possibilidade de violação às comunicações telefônicas a juízes de áreas outras. Por essa linha de raciocínio, o juiz cível não poderá autorizar a escuta telefônica. A ressalva de permissão da escuta não se estende às CPIs, ou a processos administrativos e éticos, o que é corroborado pela Lei reguladora da exceção constitucional, que estabelece que a interceptação inquérito policial ou do processo penal. Todas as ressalvas de permissão à ocorrência de escuta telefônica estão condicionadas às hipóteses e na forma que a lei ordinária estabelecer, em conformidade com a lei n.º 9.296 (surgida oito anos após a promulgação do texto constitucional, em 24 de julho de 1996 (Lei da escuta).

Ghisleni (2005) ressalta que o texto referente à possibilidade de uso de escuta telefônica como recurso de defesa não se trata de uma ferramenta de defesa absoluta capaz de impedir plenamente a busca de informações tanto no âmbito íntimo como no privado. Deverão ser respeitados os pressupostos estabelecidos pela lei (aqui supracitados) em nome de que esteja assegurada e defendida a garantia de intimidade estabelecida pelo ordenamento de um Estado Democrático de Direito e a garantia de intimidade se tratar de uma garantia plenamente defendida. Importante considerar que a Constituição Federal não admite todas as formas de comunicação pessoal como lícitas. Antes da constituição de 1988, era consenso a prática do acatamento do disposto na lei 4.117/62 do Código Brasileiro de Telecomunicações. Por ocasião da carta magna de 1988, passou-se a considerar inadmissíveis e ilícitas todas as provas advindas de escuta telefônica no ínterim compreendido entre 1988 e 1996, quando iniciou a vigência da lei 9.296. Isto se estabeleceu em decorrência da compreensão de que a exigência constitucional de lei ordinária em que constassem as formas e hipóteses acerca da interceptação não era atendida pelo conteúdo discriminado no código brasileiro de telecomunicações, uma vez que a CF 88 não havia acatado este regulamento. Conveniente citar o comentário de Christiane Ghisleni (2005) em seu “Sistema constitucional das provas penais”:

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n.º 4.117/62) legislava sobre a quebra de sigilo. Todavia, tanto a doutrina quanto a jurisprudência majoritária entendem que este não foi recepcionado pela Carta de 1988, sendo inviável sua aplicação para regulamentar as interceptações telefônicas e outras formas de ingerência ao sigilo das comunicações, realizadas no período compreendido entre 1988 até 24.07.1996, advento da Lei Reguladora. Sendo assim, quaisquer provas coletadas mediante a quebra do sigilo das comunicações, no período

assinalado, é considerada ilícita, mesmo se precedida de autorização judicial. A discussão se firmou entre aqueles que sustentavam a necessidade de uma lei ordinária regulamentadora e outros que acreditavam ser o dispositivo constitucional auto-aplicável, devendo ser usado, ainda, o Código Brasileiro de Telecomunicação para dar respaldo legal à medida. Contudo, seus dispositivos não cuidam das hipóteses a que alude o inc. XII do art. 5.º da CFB/ 88, eis que se limitam, apenas, a afirmar que a autorização dada por juiz competente (art. 57, II, alínea e) exclui a hipótese de violação de sigilo das comunicações, bem como determina quais os órgãos competentes para executar o procedimento de quebra de sigilo (art. 56, § 2º), sem, contudo, estabelecer as hipóteses e as formas (exigência constitucional) em que esta drástica medida seria possível, daí derivando-se a ilicitude de tais provas. (Ghisleni, Christiane. Sistema constitucional das provas penais: ilicitude e direitos fundamentais. In: Série monografias jurídicas 10. Volume III. 2005. P.74)

4.3 Dos Requisitos Legais Constantes Na Lei 9.296/96

A maior importância atribuída a lei 9.296/96 se associa com a capacidade de esclarecer a questão referente à possibilidade de efetivação da escuta telefônica. Superadas as polêmicas sumárias a ela relacionadas, atualmente se refere às repercussões imediatas daí oriundas. Frequentemente, também, orbita a doutrina em torno das eventuais omissões lei da Escuta, sua incapacidade de regular as múltiplas formas de ingerências constantes de comunicações pessoais em decorrência da omissão ou da conceituação ou mesmo dos instrumentos permitidos esta ingerência. Para Ghisleni (2005), o tema deve ser analisado sempre sob a lúcida percepção de que o direito processual penal nada mais é do que direito constitucional aplicado. A lei especial é enfática em sua composição, pois admite a quebra apenas às interceptações de ligações telefônicas de qualquer natureza, de modo que

limita a possibilidade de interpretações extensivas. Recai, entretanto, o texto da referida lei, em reticências que sugeridas pelo próprio termo interceptar. Em favor de uma definição mais precisa reclama Ghisleni (2005) a importância de aperfeiçoar a distinção entre os casos resultantes das diversas modalidades de registro de comunicação telefônica. A autora defende que a comunicação entre duas pessoas pode ser captada ou utilizada de diversas maneiras para fins de prova.

Exemplificando o caráter de reticência comumente atribuído à lei de 1996, vale a pena investigar como a definição e a pesquisa etimológica do termo “interceptar” gera fértil dissensão acerca das extensões atribuíveis aos casos concretos. Há a justificativa de que raiz “inter copio” denota uma colheita da informação durante a passagem pela conversa dos outros, donde se infere que a captação deriva de terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou de apenas um deles. Do contrário, havendo a efetuação da gravação não por terceiro, mas por um dos interlocutores, deflagrar-se-á escuta e não interceptação propriamente dita. Para Grinover, Femandes e Gomes (2006), não interessa no cotidiano do sistema brasileiro se houve interceptação ou escuta, desde que tenha derivado de fonte telefônica. Há, no entanto, resistência acerca da hipótese de interceptações/escutas derivadas de fontes outras que não a telefônica. Se o meio utilizado para a captação da conversa for outro que não a conversa telefônica (por exemplo, gravadores de vídeo ou áudio, câmeras, etc.), poderá incidir a prova em ilicitude justificada pela alegação de que o texto da lei especial contempla tão somente a possibilidade de aceitação das interceptações telefônicas, ainda que confirmada a autorização judicial precedente à prova.

Assim, os novos meios tecnológicos que permitem a gravação e captação de vozes e imagens em ambientes fechados – gravações e interceptações ambientais, principalmente, realizadas de forma clandestina -, também devem sujeitar-se a esse regime constitucional. Uma informação obtida por tais sistemas de “intromissão tecnológica”, com o registro daquilo que se pretendia secreto ou pertencente à esfera íntima do acusado, nunca poderá ser admitida como meio probatório contra este. As gravações clandestinas, com ou sem o conhecimento de um dos participantes (dai abrangerem, também, as interceptações ambientais), mesmo quando precedidas de autorização judicial, permitem a alegação de sua ilicitude, uma vez que tanto o permissivo e constitucional como sua regulação posterior admitem, em caráter excepcional, a quebra do sigilo das comunicações somente mediante a modalidade de **interceptação telefônica**. Nota-se que a lei elegeu essa modalidade como apta a flexibilizar a tutela da intimidade, não permitindo qualquer outra, eis que todos os dispositivos que restringem a proteção aos direitos fundamentais merecem interpretação restritiva.

Streck (1997) entende que para expurgar a possibilidade de vício jurídico e banalização da ocorrência de permissões judiciais acerca do uso de interceptações, se estabelece como exigência para a medida a necessidade do pedido, expresso como indispensabilidade, já que tem a seriedade de representar uma invasão de direitos e garantia individuais fundamentais. Deverá, pois, no entendimento deste autor, o juiz ter em conta que é a quebra do sigilo a única maneira de proteger outros valores fundamentais em nome da ordem jurídica ou mesmo os idênticos valores, mas a favor de outrem, sob o subterfúgio de satisfação ao princípio da proporcionalidade o favor prestado pelo princípio da proporcionalidade.

O inciso II da lei de 1996 impede o uso de quebra de sigilo, mesmo que na forma da lei, para uso em causas nas quais o crime seja passível de punição por detenção. Serão, do contrário, passíveis de autorização de quebra

de sigilo de conversa telefônica todos os crimes de incorrem em pena por reclusão.

Tal dispositivo tem sua constitucionalidade questionada, não só por sua previsão lato sensu (ao incluir todos os crimes apenados com reclusão), como também em relação à consequência advinda de tal previsão ampla, qual seja, a impossibilidade de se permitir a concessão da medida interceptadora das comunicações para aqueles crimes que, embora de menor potencial ofensivo, são cometidos pela via telefônica'66 e que, por sua índole, só poderiam ser devidamente apurados por intermédio do referido meio de prova. Fato é que esta delimitação da permissão apenas para utilização em crimes passíveis e reclusão é duramente criticada por Grinover, Fernandes e Filho, porque estes classificam esta disposição do legislador generalizadora da natureza dos crimes passíveis de reclusão bem como dos de detenção, como se todos os classificáveis sob o primeiro tipo fossem igualmente graves e excepcionais, e como se todos os reunidos sob a qualidade do outro estivessem isentas de gravidade ou necessidade do uso da interceptação. (Ghisleni, Christiane. Sistema constitucional das provas penais: ilicitude e direitos fundamentais. In: Série monografias jurídicas 10. Volume III. 2005.)

Ghisleni (2005) opina que há a necessidade de que a lei 9.296/96 seja aperfeiçoada em nome de aprimorar, melhorar abrangência formal, de modo a possibilitar, segundo a autora, a inclusão dos crimes sujeitos a detenção e das contravenções penais entre os atos passíveis de quebra de sigilo telefônico.

Se a doutrina, por um lado, é unânime em reconhecer que “a forma abrangente seguida pelo legislador ao prever a interceptação em todos os crimes punidos com reclusão é perigosa, por outro, encontra maiores controvérsias na busca de soluções em relação à não-abrangência dos crimes punidos com detenção e das contravenções penais. (Ghisleni, Christiane. Sistema constitucional das provas penais: ilicitude e

direitos fundamentais. In: Série monografias jurídicas 10. Volume III. 2005. p. 77)

Streck (1997) apóia a idéia de que o texto da lei merece uma nova redação, na qual esteja discriminada a possibilidade de quebra de sigilo telefônico para delitos outros que ao os crimes sujeitos a reclusão. Já Fernandes, acrescenta que interceptação deve ser levada em consideração como um meio de prova, mormente nos casos em que houver crimes de ameaça, injúria, calúnia, difamação, o dos cometidos por telefone.

4.4 Quebra do Sigilo Bancário e Fiscal

Segundo Fontes (2007), o sigilo bancário pode ser conceituado como um dever imposto às instituições financeiras de não revelar as informações e operações que possuem de seus clientes. Ao passo que o sigilo fiscal é direcionado a autoridade fiscal, a qual possui o dever de manter em sigilo as informações relacionadas ao contribuinte, obtidas no desempenho de suas funções. Alguns autores entendem que os sigilos bancário e fiscal estão associados à privacidade e à intimidade do cidadão, logo são garantias constitucionais.

Melo (2000), afirma que existem divergentes posições acerca da quebra sigilo bancário, quer no que tange à interpretação da sistemática legal ora vigente, quer no que diz respeito à criação de uma sistemática nova. De acordo

com este autor, a questão do sigilo bancário sob um ângulo histórico recente nos foi apresentada pelo Deputado Federal Mussa Demes, que na Comissão da Reforma Tributária da Câmara assim se manifestou:

"recordo muito bem que em 1968 ou 1969, se não me engano, eu já era fiscal do Imposto de Renda e, naquela época, não existiam as dificuldades que vemos hoje com relação ao sigilo. Naquela época, a Constituição não proibia que se pedisse esse tipo de informação aos bancos. Tanto isso é verdade, que, por força de uma portaria do Ministro da Fazenda naquela época, o hoje Deputado Delfim Neto, os fiscais quebravam o sigilo bancário mediante a simples apresentação ao gerente de um banco de um termo de início de ação fiscal elaborado contra qualquer pessoa física ou jurídica." (MELO, Zenobio Simões. **Quebra do sigilo bancário**. Jus Navigandi. 2000.)

Segundo Melo (2000), o Conselho Europeu da União Européia determinou em 2000 o pacote de harmonização fiscal que abole o sigilo bancário com limite de estabelecimento total da regra entre os países membro até o ano de 2010. O autor interpreta uma tendência que poderá influenciar os ordenamentos mundiais a respeito da questão do sigilo bancário.

No Brasil, a o estudo da questão demanda uma análise constitucional em seu artigo 5º, no qual se estabelece a inviolabilidade da intimidade e da vida privada dos indivíduos e dos seus dados. O texto constante do referido artigo constitucional discrimina o seguinte:

Constituição Federal, art. 5º, X, XII e XXXIII, e art. 145, § 1º
"Art. 5º... X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; 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; XXXIII - todos têm o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;" Art. 145... § 1º "Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte."

O texto constitucional norteia uma necessidade de proteção do indivíduo contra a publicidade de seus dados nas informações que lhe são particulares, pessoais (MELO, 2000). O inciso XII, no entanto, permite que haja uma compreensão permissiva acerca do acesso aos dados bancários e informações pessoais. Neste inciso, informa-se que é prioritário proteger e coibir a comunicação dos dados violados, acessados do contribuinte, no entanto não há proibição taxativa ao simples acesso aos dados por parte do Estado. Convém mencionar o parecer da Procuradoria Geral da República (também citado por Melo (2000) (PGNF/CRJN/N ° 1.380/94) no sentido de ser possível a quebra do sigilo bancário mesmo em face da atual Constituição.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, comunica entendimento de ilegalidade e impertinência na ocorrência de quebra do sigilo bancário em nome de garantia a proteção clássica solidificada na Carta Magna respeito da proteção individual. Melo (2000) cita em seu artigo, parecer emitido pelo Supremo em 1996, onde consta o seguinte:

Esta Eg. Corte vem decidindo no sentido da ilegalidade da quebra do sigilo bancário mediante simples procedimento administrativo fiscal, face a garantia constitucional da inviolabilidade dos direitos individuais, exceto quando houve relevante interesse público e por decisão do Poder Judiciário, guardião dos direitos do cidadão. Recurso não conhecido." (RESP 114760/DF ; RECURSO ESPECIAL (1996/0075244-3) DJ :23/08/1999 PG:00095 Min. FRANCISCO PECANHA MARTINS SEGUNDA TURMA)

Em linhas gerais, há entendimento de que o sigilo bancário é um direito fundamental sob a proteção da CF e, como não absorvível pelo sigilo fiscal, não vale a transmissão da legalidade da quebra do sigilo fiscal ao sigilo bancário. Relativo a isso, o STF emite parecer seguinte:

"Considera-se ilícita a prova obtida em decorrência da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, ensejando o trancamento da ação penal, cuja denúncia foi nela exclusivamente baseada. II. O sigilo fiscal não se equipara ao sigilo bancário e nem o absorve.(DJ:17/02/1999 PG:00152 Min. GILSON DIPP (1111) 03/12/1998 T5 - QUINTA TURMA).

Também Rogério Lindenmeyer Vidal Granda Da Silva Martins e Soraia David Monteiro Locatelli entende ser o sigilo bancário uma garantia respaldada pelos textos contidos nos incisos X e XII da Carta Magna, correspondendo a verdadeira forma de proteção à privacidade, parte da personalidade de cada indivíduo, que possui o direito de ter sua imagem e honra preservadas de qualquer forma de agressão de terceiros.

O texto que constava do projeto de emenda relativo à reforma tributária parecia inclinar a questão no sentido de libertar o fisco da necessidade de

autorização judicial para acessar os dados bancários. Inevitável o confronto e a argúcia e fundamentação que reside no argumento contrário à quebra sem autorização judicial (isto é, o argumento de que este ato incorreria em violação constitucional) há o importante contra-argumento defendido por Melo (2000), que diz respeito ao interesse público de defender e coibir abusos fiscais que no Brasil, dada a disparidade de distribuição de renda, torna-se mais aviltante a leniência do que o esquadramento dos dados pessoais.

O código tributário atual dispõe, a respeito do assunto aqui tratado, em seu artigo 198 que:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; (Inciso incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. (Inciso incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

No sentido permissivo à liberação da quebra do sigilo bancário, o texto da lei complementar 220 de 1998, que tramitava no Congresso, continha o seguinte texto:

Art. 6 °. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Em manifestação mais recente, o STF declarou que não há proteção absoluta ao sigilo bancário/fiscal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. PROCEDIMENTO LEGAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. 2. O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, resp 608.053/RS, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06.12.2005, DJ 13.02.2006 p. 741.)

Faz-se importante adentrar as considerações feitas por Bobbio, acerca da necessidade de ponderar a respeito da imobilidade e soberania dos princípios constitucionais quando confrontados com outro de importância e

hierarquia igual. O filósofo aconselha que não haja proteção incondicional de um deles em detrimento de outro. Bobbio explica que a questão perpassa pela necessidade de delimitar o início e o término de um dado direito e que esta tarefa não pode de maneira alguma ter resolução definitiva, definindo ainda que os direitos fundamentais devem ser entendidos diante de situações de confronto como direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente (BOBBIO, 2004; FONTANA, 2007).

CONCLUSÃO

A prova ilícita advém de arbitrariedades e violações de normas ou princípios de direito material, mormente de direito constitucional, de modo que a ilicitude probatória existe quando a oposição a seu deferimento é de natureza material, de modo distinto da prova ilegal, que será sempre aquela violadora do ordenamento jurídico como um todo, compreendendo leis e princípios gerais, quer sejam de natureza material ou meramente processual.

No sistema brasileiro, a não aceitação que consta da Constituição Federal fundamenta o seu juízo na Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. De origem norte-americana, que entende que os vícios da “planta são transmitidos aos seus frutos”. Em outras palavras, os vícios de uma determinada prova contaminam os demais meios probatórios que dela se originaram. E acerca desta teoria, persistem, no sistema brasileiro, dissensões acerca da aceitabilidade ou negação.

Reflexões acerca do tema são oportunas porque possibilitam flexibilização e sugestão de posicionamentos que desengessem o direito penal da retórica maniqueísta entre a absoluta rejeição e a total arbitrariedade de disposições acerca de tais provas.

A defesa da real versão dos fatos constitui argumento que centraliza a questão envolvendo a aceitação ou não das provas consideradas ilícitas para o direito processual penal. Em nome da verdade é que solicitam e recorrem as correntes defensoras da aceitação das provas rechaçadas pelo ordenamento em sua fundamentação-mor. Cabe porém, compreender que o estudo do tema

não pode prescindir de um estudo mesmo do alcance da verdade no processo penal citado.

A percepção geral conferida por um aprofundamento no tema indica que a valoração através do conceito de verdade implica uma dificuldade epistemológica, visto que aquele valor pressupõe uma onisciência negada às condições factuais em que se desenvolve o processo em lide. Mais ainda, a verdade é conceito subjetivo, sujeito às valorações e vicissitudes impostas pelas partes e pelo próprio juiz do processo.

Mais acertado seria referir a "certeza" como valor mais adequado para uma invocação quando da defesa da aceitação das provas consideradas ilícitas. Em outras palavras, a aceitação das provas ilícitas convém mais quando a certeza acerca dos fatos está em xeque, do que quando se tem em conta a dubiedade da verdade dos fatos alegados nos autos. Esta consideração da certeza em privilégio comparada com a verdade se justifica pela necessidade de que o sistema jurídico se desenvolve no sentido de produzir estado de certeza quanto a direitos e obrigações, enquanto a verdade não represente um valor unanimemente defendido como escopo do processo.

A busca por uma solução razoável envolvendo as provas ilícitas remete à satisfação com a verossimilhança entre o trato concedido pelo processo e o os fatos alegados pelas partes. E a referida satisfação deve estar de acordo com os valores morais predominantes, uma vez que a aceitação de meios de prova hediondos, imorais ou ofensivos colocam em risco não só a ordem social, como a reputação do sistema penal.

As melhores alternativas para os impasses práticos observados entre a disposição da legislação brasileira em negar a aceitação de provas ilícitas e

situações que suscetibilizam a efetividade do recomendado pela Carta Magna se encontra na possibilidade de a magistratura realizar a adaptação do direito às necessidades sociais, de modo a viabilizar posições interpretativas mais lógicas e aprazíveis.

A solução talvez resida na interpretação integrativa com base no princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade dispõe ao Estado a capacidade de ponderar os danos causados com a possível admissão da prova ilícita, mas ao mesmo tempo exige que os meios utilizados sejam considerados aptos - e necessários - para o alcance dos fins visados.

A proporcionalidade como princípio orientador acerca das questões relativas a tais assuntos permite fluidez e adaptação da regra ao caso, sem deixar de observar a preservação dos direitos fundamentais e nem, por outro lado, de permitir vulnerar a intimidade dos investigados (concretizando a concepção de que nenhum direito fundamental tem caráter absoluto).

Felizmente, o sistema jurídico-penal brasileiro está munido da capacidade de utilizar a ponderação e a proporcionalidade como vetores constitucionais possíveis à extensão da ilicitude das provas. Importa saber que diante do caráter complexo e rico que a realidade oferece em forma de casos, a ilicitude e a derivação das provas ilícitas são tão mais sujeitas ao êxito, quanto percebidas sob a perspectiva obstativa atenuada, de modo a não admitir a aceitação da prova ilícita como princípio geral, mas pronto a flexibilizar a aceitação em situações excepcionais em que seja necessária a proteção a valores considerados mais relevantes.

A discriminação e a tipificação dos meios de prova judiciais (definidos como o instrumento como o documento de cunho expositivo da obtenção da

prova) como ilícitas ou ilegítimas se fundamenta na necessidade de admitir ou negar o acesso de meios de prova adequados ou abusivos, respectivamente. Sua existência se justifica pela necessidade de deter a ocorrência de abusos probatórios. A correta composição formal da prova condiciona a propriedade do ponto de vista jurídico-processual. A questão se relaciona ao tema das liberdades públicas, onde estão protegidos os direitos e garantias relativos à intimidade, à dignidade humana e à liberdade. Para além disso, estão submetidos à questão, assuntos de de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e accertamento da verdade, tais os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência, e outros.

O presente trabalho, que teve como escopo uma incursão nas disposições do ordenamento jurídico brasileiro acerca das provas e meios de prova dele derivados, visou a estabelecer uma abordagem crítica acerca do posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro. Sua maior utilidade esteve em sua maior utilidade esteve em propiciar um aprofundamento acerca da temática aqui referida de maneira a favorecer, quem sabe, contribuições posteriores acerca do amadurecimento da discussão temática. Destarte tenha ficado patente a reiteração que o sistema jurídico brasileiro confere à questão da proteção individual, é forçoso reconhecer que há casos em que se faz necessário recorrer, se não há uma disposição legislativa peremptória, talvez a uma maior flexibilidade na postura do legislador em relação à aplicação ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, José Adelmy da Silva. **A admissibilidade da prova ilícita em caráter excepcional de acordo com o princípio da proporcionalidade**. XIII Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho. 2006.

ARAS, Vladimir. Princípios do Processo Penal. **Jus Navigandi**. 2001. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2416>>. Acesso em: 15/9/2010.

ARAUJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade – Significado e Aplicação Prática**. Campinas: Copola, 2002.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas, Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, Michelle Aurélio. **Flexibilização da inadmissibilidade das provas ilícitas**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal Brasileiro**. 2001.

DA CRUZ, Chelei Machado. **A verdade e o Direito**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/713>>. Acesso em: 12/10/10.

DA SILVA, José Aristeu Luz. **Monografia apresentada em cumprimento à exigência final do curso de graduação em Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia**. 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002. p. 84.

FILGUEIRAS, Isaura Meira Cartaxo. **Teoria da árvore dos frutos envenenados**. Jus Vigilantibus. 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29900>>. Acesso em: 17/10/2010.

FILHO, Helder Fiuza de Oliveira. **Da Prova No Direito Penal**. WEBARTIGOS. 2007. Disponível em <<http://www.webartigos.com/articles/2812/1/Da-Prova-No-Direito-Penal/pagina1.html>>. Acesso em 18 de outubro de 2010.

FILHO, Nourmirio Bittencourt Tesseroli. **Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada**. WebArtigos. 2008. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/10575/1/Teoria-dos-Frutos-da-Arvore-Envenenada/pagina1.html>> Acesso em: 13/10/2010.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho. **A prova ilícita e suas exceções**. Blex: Blog Jurídico. 2010. Disponível em: <<http://blex.com.br/index.php/2010/artigos/1480>> Acesso em: 29/9/10.

Ghisleni, Christiane. **Sistema constitucional das provas penais: ilicitude e direitos fundamentais**. In: Série monografias jurídicas 10. Volume III. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 2006.

HABIB, Sérgio. **O dilema das interceptações telefônicas; direito à intimidade e o jus persecutio estatal**. Consulex, Brasília, n° 148, p 17, mar. 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo – Primeiros estudos**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 5, Tomo I.

MELO, Zenobio Simões de. **Quebra do sigilo bancário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/203>>. Acesso em: 26 out. 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: sexta série**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Bel. José Roberto Guedes de. **A inviolabilidade de correspondência**. KPlus. 2003. Disponível em: <<http://www.kplus.com.br/materia.asp?co=106&rv=Direito>>. Acesso em: 2/10/10.

PARIZ, Ângelo Aurélio Golçalves. **O princípio da proibição das provas ilícitas e os direitos fundamentais**. Clube Jurídico do Brasil. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.19389>>. Acesso em 17 de outubro de 2010.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

PETRY, Vinícius Daniel. **A prova ilícita**. Jus Navigandi. 2003. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.uol.com.br>>. Acesso em 12 de outubro de 2010.

SANCHEZ, Cláudio José Palma. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS PERSPECTIVAS DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO CAMPO PENAL**. Professora Eliza. Acesso em 27 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://professoraliza.spaces.live.com/blog/cns!2E6E79D93F50580F!228.entry>> 2010.

SCHMITT, Ricardo A. **Princípios penais constitucionais**. 2007. Org. Ricardo Augusto Schmitt. Bahia: JusPodivm, 2007.

SCHREIBER, Simone. **O princípio da presunção de inocência**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7198>>. Acesso em: 26 set. 2010.

SILVA (2005) SILVA, Bruno César Gonçalves da. **Da prova no processo penal: lineamentos teóricos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 735, 10 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6964>>. Acesso em: 27 out. 2010.

STRECK, Lênio. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 2009.