

JULIANA PETERSEN MARTINHO

TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E PROVA ILÍCITA *PRO REO*

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO – 2010

JULIANA PETERSEN MARTINHO

TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E PROVA ILÍCITA *PRO REO*

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Mestre Hugo Crepaldi Neto.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO – 2010

JULIANA PETERSEN MARTINHO

TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E PROVA ILÍCITA *PRO REO*

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Mestre Hugo Crepaldi Neto.

Aprovada em _____

Avaliação:

RESUMO

Este estudo foi realizado partindo da necessidade de discussão acerca da inserção da prova obtida por meio ilícito no processo penal, através da análise do comportamento da legislação brasileira perante o assunto. Buscou-se conceituar o tema prova como direito das partes e como produto obtido por meio de atos ilícitos. Também há o enfrentamento da utilização da teoria da proporcionalidade como forma de balancear direitos e garantias fundamentais dos indivíduos em casos excepcionais, principalmente quando a prova ilícita for única disponível para inocentar o suposto réu.

Palavras-Chave: Prova ilícita. Teoria da Proporcionalidade. Valoração dos Direitos e Garantias Fundamentais. Prova da Inocência.

ABSTRACT

This study was conducted based on the need for discussion about the inclusion of evidence obtained by illegal means in the criminal process by analyzing the behavior of Brazilian legislation to the subject. We tried to conceptualize the issue as evidence of the parties and law as a product obtained through unlawful acts. There are also facing the use of the theory of proportionality as a means of balancing rights and fundamental guarantees of the individuals in exceptional cases, especially when the evidence is only available for illicit acquit the alleged offender.

Keywords: Proof illegal. Theory of Proportionality. Valuation of Rights and Fundamental Guarantees. Proof of Innocence.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 6 |
| 2 | DIREITO DE IGUALDADE | 7 |
| 2.1 | CONCEITO..... | 7 |
| 2.2 | ISONOMIA FORMAL E ISONOMIA MATERIAL | 7 |
| 2.3 | IGUALDADE PERANTE A LEI PROCESSUAL PENAL | 8 |
| 3 | PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE | 11 |
| 3.1 | CONCEITO..... | 11 |
| 3.2 | PRESSUPOSTOS E REQUISITOS..... | 12 |
| 4 | DIREITO À PROVA | 16 |
| 4.1 | CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO | 16 |
| 4.2 | LIMITES | 21 |
| 5 | PROVAS ILÍCITAS | 24 |
| 5.1 | CONCEITO..... | 24 |
| 5.2 | PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO..... | 30 |
| 5.3 | REPERCUSSÃO PROCESSUAL..... | 40 |
| 5.4 | UTILIZAÇÃO DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE..... | 45 |
| 6 | CONCLUSÃO | 53 |
| | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 55 |

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, é perceptível o aumento da criminalidade organizada em função, principalmente, dos avanços tecnológicos que diminuíram as distâncias entre as pessoas, o que, por um lado, é excelente mas, por outro, diminui a privacidade a que qualquer indivíduo tenha direito.

A fim de se combater esta modalidade criminosa moderna, o legislador armou o Estado com diversos mecanismos para isso e que, em diversas situações, acabam por criar um Estado Policialesco, fazendo a sociedade ficar a mercê dos seus mandos e desmandos. Isso pode ser traduzido na ingerência do Estado, ou até mesmo de um particular, na vida íntima de uma pessoa para obtenção de supostas provas que serão posteriormente usadas num processo crime.

Diante disso, a prova obtida por meio ilícito adquire importância nesse cenário ora apresentado. Assim, o presente trabalho tem por escopo analisar o tema da prova ilícita, desde o conceito de direito à prova e como a legislação brasileira lida com esta matéria, até as hipóteses em que elas poderão ingressar no processo.

Para isso, é necessário colocar na balança os direitos violados para que um seja suprimido em favor de outro. Esta ponderação de valores é viabilizada pela teoria da proporcionalidade que também é objeto de estudo do trabalho. Todavia, antes de relacionar esta teoria com a prova ilícita, foi feita uma pesquisa de como ela foi concebida no ordenamento jurídico brasileiro para ser utilizada no caso concreto, especialmente quando um indivíduo inocente se vê acuado pela força coercitiva do Estado para a apuração da suposta prática de um ato delituoso.

2 DIREITO DE IGUALDADE

2.1 CONCEITO

O princípio da igualdade¹, presente em Convenções Internacionais e em Constituições de diversos países, está previsto na Constituição Federal de 1988 no *caput* do artigo 5º desta forma:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Da leitura do aludido dispositivo, é possível observar que a Constituição reconheceu a igualdade no sentido formal pela expressão “igualdade perante a lei”. Todavia, em busca de uma igualdade material, na medida em que a lei deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, outorgou a própria Constituição os direitos sociais substanciais tais como as regras que proíbem a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, além de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (artigo 7º, incisos XXX e XXXI).

2.2 ISONOMIA FORMAL E ISONOMIA MATERIAL

¹ Do latim *aequalitas*, de *aequalis* (igual, semelhante), é indicativo da *semelhança* de caracteres ou elementos componentes de duas coisas. (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 406).

Como já mencionado anteriormente, a expressão “igualdade perante a lei” é traduzida em isonomia formal, uma vez que todos devem ser tratados de forma igualitária sem nenhuma distinção. Se o intérprete somente levar em consideração tal assertiva, estará cometendo um grande equívoco já que não existe, em qualquer parte do mundo, uma sociedade na qual os homens nascem e permanecem em perfeita igualdade de direito, assim como afirmava o artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França dos revolucionários de 1789.

Desta forma, a necessidade da busca de uma isonomia material é bem lembrada por Rui Barbosa, inspirado em Aristóteles na famosa “Oração aos Moços”, ao afirmar que é preciso “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”. A Constituição Federal, a fim de promover a justiça social, prevê diversos dispositivos que aprofundam a isonomia material estabelecendo desigualdades como a licença-maternidade e licença-paternidade (artigo 7º, incisos XVIII e XIX). José Afonso da Silva corrobora ao afirmar que:

A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitam ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também igualdade entre homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação.²

Por fim, não deve o intérprete compreender o artigo 5º, *caput* da Constituição da República como sinônimo de isonomia formal e sim conjugá-lo com outras normas constitucionais que traduzem a busca da isonomia material.

2.3 IGUALDADE PERANTE A LEI PROCESSUAL PENAL

² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 214.

Tudo o que foi dito acerca do direito de igualdade é aplicado também na igualdade perante a lei processual penal. Autor e réu devem ter tratamento idêntico, a não ser que haja alguma peculiaridade que justifique tratamento diferenciado como na hipótese da nomeação de curador para o acusado que tenha problemas mentais (artigo 151 do Código de Processo Penal) a fim de se compensar a inferioridade psicológica. Antonio Scarance Fernandes ensina que:

Quando se afirma que as duas partes devem ter tratamento paritário, isso não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, dar-se a uma delas tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprindo-se o desnível da parte inferiorizada a fim de, justamente, resguardar a paridade de armas.³

Por isso, a Constituição Federal assegura ao acusado, como direito fundamental, a ampla defesa (artigo 5º, inciso LV) que é o direito concedido a ele “de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação”⁴ e que não está sujeita às limitações desta já que está normalmente atrelada a órgão oficial. Como este possui todo o aparato estatal a seu favor, é justificado ao réu tratamentos diferenciados através dos princípios do *in dubio pro reo* e do *favor rei*, ou seja, o magistrado só deve optar pela condenação se tiver certeza absoluta de que estão provadas a materialidade e a autoria de determinado crime. Caso contrário, deverá optar pela absolvição, entendimento este explicitado no seguinte julgado:

A absolvição é a melhor e mais justa solução que se apresenta se persistem dúvidas acerca da efetiva participação do agente na prática do crime, pois tais dúvidas devem ser interpretadas em seu favor, em atenção ao **princípio do *in dubio pro reo***.⁵ (grifei)

³ SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 53.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 82.

⁵ TACRIM – 10ª C. – AP 1091637/4 – j. 4.3.98 – Rel. Breno Guimarães – Rolo-Flash 1158/309.

Outros exemplos são encontrados no Código de Processo Penal que favorecem o acusado como a revisão criminal (artigos 621 a 631), sendo vedada a revisão *pro societate* e a interposição, somente pela defesa, dos embargos infringentes e de nulidade (artigo 609, parágrafo único), além do *habeas corpus* que pode ser utilizado contra decisões interlocutórias que não comportam recurso da acusação.⁶

Importante lembrar que existem casos em que a desigualdade pesa para o lado do Estado como na decisão de pronúncia, uma vez que o juiz não precisa ter a plena convicção de que o acusado é autor do crime para que ele seja levado ao Tribunal do Júri, assim como esclarece a jurisprudência:

Indícios suficientes que apontam os recorrentes como sendo os autores do homicídio que lhes foi imputado. **Para a pronúncia bastam indícios, não se exigindo prova plena e absoluta**, uma vez que não se trata de sentença definitiva, mas tão-somente, de juízo de admissibilidade da acusação, no qual a **dúvida se resolve pro societate**.⁷ (grifei)

Neste caso, há uma espécie de inversão da regra do *in dubio pro reo* para *in dubio pro societate*.

O inquérito policial é mais um exemplo de desigualdade em favor do Estado para que se faça uma melhor colheita de indícios sobre o crime pois, aqui, o Poder Público se coloca no lugar da vítima que é a parte mais enfraquecida no momento da ocorrência do delito investigado.

⁶ SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 54.

⁷ TJPR: RT 684/342.

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.1 CONCEITO

Consultando o dicionário jurídico, observa-se que a proporcionalidade é um critério de interpretação axiológica utilizado no embate de valores distintos, “devendo o intérprete optar pelo valor que se mostra com maior densidade ou importância”.⁸ Significa, em sentido amplo, que quando houver confronto de interesses, deverá o operador do direito buscar um equilíbrio a fim de satisfazer todas as partes envolvidas.

Aqui, o princípio da proporcionalidade será visto num sentido mais restrito, ou seja, numa espécie de garantia do indivíduo contra os abusos de poder por parte do Estado ou como princípio da proibição do excesso, denominação esta dada pela Alemanha pós Segunda Guerra Mundial.⁹

A Constituição Federal de 1988 não adota explicitamente este princípio, sendo ele implícito em alguns dispositivos tais como as garantias constitucionais suspensas durante o período de estado de sítio (artigos 137 ao 139). Ademais, também é adotado o princípio da proporcionalidade no Direito Administrativo com o objetivo de impor “limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário”¹⁰, isto é, o poder de polícia exercido pela Administração Pública é justificado se não houver excesso de

⁸ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 650.

⁹ SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 55 e 56.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 80.

restrições a direitos individuais¹¹, respeitando-se a supremacia do interesse público sobre o particular já que o exercício de qualquer direito não é absoluto.

Diante dessas explanações, fica evidente que a restrição aos direitos fundamentais por determinadas normas deve ser analisada pelo operador do direito à luz do princípio da proporcionalidade. A Professora Mariângela Gama de Magalhães Gomes esclarece:

O princípio da proporcionalidade tem o seu principal campo de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das máximas restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para a consecução de seus fins. Assim, integra uma exigência ínsita no Estado de Direito enquanto tal, que impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas que gravem o cidadão mais do que o indispensável para a proteção dos interesses públicos.¹²

Sendo assim, a função essencial do princípio da proporcionalidade é mostrar qual valor deve prevalecer, dentre vários em conflito, sem que haja “restrições desmedidas aos direitos fundamentais, se comparadas com o objetivo a ser alcançado”.¹³

3.2 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS

¹¹ SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 55.

¹² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

¹³ SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 59.

A utilização do princípio da proporcionalidade tem como pressupostos um formal e outro material. O primeiro está ligado à legalidade, ou seja, não poderia a restrição a direito individual ser admitida sem prévia lei, elaborada por órgão constitucionalmente competente, imposta e interpretada de forma estrita. O material ou da justificação teleológica, por sua vez, só terá sentido se a limitação a direito individual tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional.¹⁴

Pela leitura dos pressupostos, é possível afirmar que qualquer restrição a direitos fundamentais, que justifique a proteção de um valor em detrimento de outro, além de prevista por lei, deve atender a requisitos extrínsecos e intrínsecos.

Os extrínsecos dizem respeito à decisão motivada proferida por um juiz de direito para imposição de medidas restritivas.

Já os requisitos intrínsecos são formados pela conjugação de três fatores: adequação, necessidade e prevalência do valor protegido na ponderação dos interesses em confronto.

A idoneidade ou a adequação é caracterizada por uma relação de meio e fim, isto é, “não será admitido ataque a um direito do indivíduo se o meio utilizado não se mostrar idôneo à consecução do resultado pretendido”.¹⁵ Antonio Scarance Fernandes fornece um exemplo elucidativo:

Assim, nada justificaria prender alguém preventivamente para garantir a futura aplicação da lei penal se, em virtude do crime praticado, a provável pena a ser imposta não será privativa de liberdade ou, se privativa, será suspensa. O meio, a prisão, consistente em restrição à liberdade individual, não se revelaria adequado ao fim a ser objetivado com o processo, pois dele não resultará privação de liberdade.¹⁶

¹⁴ SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 57.

¹⁵ *Ibidem*, p. 58.

¹⁶ *Ibidem*.

Pelo exemplo, conclui-se que se o meio utilizado (prisão preventiva para garantir futura aplicação da lei penal) não atingir o fim pretendido (crime cometido não comporta pena privativa de liberdade), deverá o operador do direito afastar a utilização. Por isso, “a verificação da adequação é feita de maneira excludente, pois, caso se constate que o meio não serve para atingir o fim, a sua utilização deve ser repelida e afastada”.¹⁷

O segundo requisito, a necessidade, também chamado de intervenção mínima, da menor ingerência possível, de alternativa menos gravosa, de subsidiariedade ou de escolha do meio mais suave, consiste na opção do meio menos oneroso para o alcance de determinado fim. Neste caso, faz-se necessária a lição do Professor Antonio Scarance Fernandes:

É preciso, para não ser desproporcional, que o meio utilizado seja necessário ao objetivo almejado, verificando-se essa necessidade pela análise das alternativas postas para o alcance do fim. Para impor uma restrição ao indivíduo, colocam-se, a quem exerce o poder, várias possibilidades de atuação, devendo ser escolhida a menos gravosa. Assim, entre as diversas opções, todas aptas a alcançar o fim, não é correto escolher aquela que imponha maiores restrições à obtenção do resultado, desprezando outras que também o atingiriam de forma menos danosa.¹⁸

Conforme os dois primeiros requisitos, adequação e necessidade, para que determinado objetivo seja atingido, é preciso que o meio que venha a ser utilizado seja idôneo, adequado e necessário, isto é, a escolha do meio deve ser aquela que imponha o mínimo de restrições. Desta forma, para se provar a ocorrência de um fato (fim), melhor a adoção de um meio de prova menos danoso, como a requisição de algum documento a uma instituição financeira, do que a decretação de uma busca e apreensão, isso na hipótese da aludida requisição ser suficiente para a prova do fato.

¹⁷ SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 59.

¹⁸ Ibidem.

O último requisito, a prevalência do valor protegido na ponderação dos interesses em confronto ou do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, baseia-se no predomínio do valor mais importante, através de um juízo de ponderação, pelo qual será avaliado se o meio empregado será ou não proporcional ao fim almejado. Aqui, serão confrontados a medida restritiva a ser tomada e o direito fundamental a ser violado, conforme subsequente explicação da Professora Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

Pode-se dizer que, ao lado de princípios como o da legalidade, culpabilidade e igualdade, a proporcionalidade informa a atividade penal substantiva no ordenamento democrático, encaminhando para a norma penal e sua aplicação judicial o restrito grupo de valores fundantes do critério democrático de legitimidade, entre eles a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.¹⁹

Portanto, da conjugação dos três requisitos, pode-se dizer que, além da adoção do meio mais adequado e necessário para determinado fim, deve-se ponderar também se este meio ou a medida restritiva a ser adotada prepondera sobre o valor protegido pelo direito a ser restringido.

¹⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 76.

4 DIREITO À PROVA

4.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

A palavra *prova* tem origem no latim (*probatio*) que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Sendo assim, o verbo *provar* (*probare*) tem a acepção de ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.²⁰

Na doutrina, vários são os sentidos atribuídos ao conceito de prova. No Direito Processual Civil, Humberto Theodoro Júnior afirma que a prova possui dois sentidos, a saber:

a) um *objetivo*, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.);

b) e outro *subjetivo*, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.²¹

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 13.

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 48ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 480.

A prova, pois, é tida como instrumento utilizado para formar “a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”.²²

Na área criminal, semelhantemente, os autores atribuem três sentidos:

Em uma primeira acepção, indica o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos. Num segundo sentido, designa o resultado dessa atividade. No terceiro, aponta para os “meios de prova”.²³

Importante ressaltar a distinção entre fonte de prova, meio de prova e objeto da prova. Os fatos percebidos pelo magistrado são tidos como fonte de prova; os instrumentos pelos quais os fatos se fixam em juízo constituem o meio de prova e, por fim, o objeto da prova é o fato a ser provado, deduzido da fonte e introduzido nos autos pelo meio de prova.²⁴

Das ideias acima, pode-se verificar que o papel do juiz é de suma relevância. Para tomar uma decisão, o magistrado necessita de elementos que comprovem a existência do fato alegado pelas partes para que uma decisão seja tomada. Para que isso aconteça, ele deve ter certeza de que o fato realmente ocorreu através do conjunto probatório trazido pelas partes do processo. Entretanto, como lembra Guilherme de Souza Nucci, *ter certeza* tem um aspecto subjetivo, o

²² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 348.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 112.

²⁴ *Ibidem*.

que gera uma verdade também subjetiva, que pode não ser compatível com a realidade, ou seja, aquilo que efetivamente aconteceu (verdade objetiva) ²⁵.

Assim, a parte deve convencer o magistrado de que sua verdade, isto é, de que sua noção da realidade inserida nos autos do processo é a correta, através dos mais variados recursos proporcionados pelo raciocínio lógico. Por isso, o que vale no processo penal é a verdade processual, “que significa a verdade que pode ser (jurídica e validamente) comprovada e a que fica (efetivamente) demonstrada nos autos”.²⁶ Em suma:

As partes devem saber demonstrar ao juiz a *verdade* dos fatos alegados, buscando gerar a convicção favorável a seu interesse, embora todo o cenário criado possa ser distanciado da realidade. Quem *prova*, no processo, convence o juiz; assim fazendo, vence a disputa. Isso não significa que o resultado do processo deva ser, necessariamente, adequado e amoldado perfeitamente à realidade.²⁷

O direito à prova, propriamente dito, é considerado no Direito Processual Penal uma garantia do devido processo legal²⁸ e possui particular relevância no contraditório, momento reservado às partes para oferecerem ao juiz toda a matéria

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 14.

²⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091019101935546>. Acesso em: 17 mar. 2010.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 15.

²⁸ É o que se chama nos Estados Unidos de *right to evidence* (numa tradução livre, direito à evidência), em favor de quem age e se defende em juízo, garantido pela cláusula do *due process of law* (devido processo legal). No mesmo sentido, Itália e Alemanha também reconhecem o direito à prova como garantia. (GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 114).

probatória a fim de se demonstrar a realidade dos fatos, sob pena de cerceamento de defesa ou de acusação.

Em quatro oportunidades a prova tem destaque na atividade processual: a) quando é proposta; b) quando é admitida pelo julgador; c) quando é produzida e inserida no processo; d) quando é apreciada pelo juiz.²⁹

Todavia, o contraditório tem suas limitações na formação e produção das provas, como pode ser observado a seguir:

a) proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes;

b) proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes;

c) obrigação do juiz, quando determine a produção de provas *ex officio*, de submetê-las ao contraditório das partes, as quais devem participar de sua produção e poder oferecer a contraprova.³⁰

Tais limitações foram acolhidas pelo legislador na edição da Lei 11.690 de 9 de junho de 2008 que deu nova redação ao *caput* do artigo 155 do Código de Processo Penal ao prever que o “juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação (...)”. Da leitura do dispositivo, verifica-se que foi adotado o sistema da persuasão racional ou livre convicção ou, ainda, livre convencimento motivado, propagado na Constituição

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 113.

³⁰ *Ibidem*, p. 114.

Federal em seu artigo 93, inciso IX³¹ e esclarecido por Guilherme de Souza Nucci assim:

Portanto, o magistrado pode formar a sua convicção (certeza de que a verdade encontra-se em determinados fatos) livremente, ponderando as provas que bem entender, atribuindo-lhes o valor subjetivamente merecido, salvo aquelas que compuserem o universo das provas tarifadas (como laudos periciais para a comprovação da materialidade de certos crimes), cuja valoração é preestabelecida pela lei, e estruturando seu raciocínio do modo como achar conveniente. Chegará à conclusão de que o acusado merece ser absolvido ou condenado e, neste último caso, sua persuasão íntima indicará qual a punição justa.³²

O *caput* do artigo 155 do Código de Processo Penal, além de facultar ao juiz a livre convicção para condenar ou absolver o réu, de maneira motivada, também indica o momento correto para colheita dos elementos probatórios para a formação de seu juízo de certeza, próprio da sentença: o contraditório judicial. Desta forma, “sob o crivo do contraditório e o leque da ampla defesa, ergue-se o devido processo legal, motivo pelo qual garante-se um procedimento límpido, neutro e imparcial para as partes”.³³

Acertou o legislador em proibir o magistrado de fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação já que tais elementos sustentam a *opinio delicti* do Ministério Público e do próprio juiz ao

³¹ Dispõe o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal: “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”.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 18 e 19.

³³ *Ibidem*, p. 19.

conceder ou não medidas cautelares, gerando um juízo de probabilidade e não de certeza, este sim necessário para a decisão final num processo crime³⁴.

Com relação à classificação das provas, Julio Fabbrini Mirabete a faz da seguinte maneira: quanto ao objeto, a prova pode ser direta (quando por si só demonstra o fato) ou indireta (quando, comprovado um outro fato, se permite concluir o alegado diante de sua ligação com o primeiro); quanto ao efeito ou valor, a prova é plena (se convincente e completa para embasar uma condenação) ou não plena, também chamada de semiplena ou incompleta ou prova *prima facie*, que é uma probabilidade de procedência da alegação e, por vezes, suficiente para concessão de medidas preliminares. Por fim, as provas podem ainda ser reais (coisa ou bem exterior, distintas do indivíduo) e pessoais (conhecimento subjetivo e pessoal atribuído a uma pessoa).³⁵

4.2 LIMITES

Conforme já mencionado anteriormente, o direito à prova é uma garantia para as partes, acusação e defesa no processo penal, possuindo particular valor no quadro do contraditório.

Entretanto, este direito, como os demais direitos do homem, não é absoluto. Pelo princípio da convivência das liberdades, segundo moderna doutrina constitucional, os direitos individuais passaram a ser entendidos como direitos do homem inserido na sociedade. Com a evolução dos direitos fundamentais, tal

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 114.

³⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 252 e 253.

entendimento foi desenvolvido após o liberalismo e tem por característica o exercício de qualquer liberdade, desde que não praticado de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. Em suma:

De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado Social de direito, tanto os direitos como as suas limitações.³⁶

Desta forma, o princípio da liberdade probatória encontra limites, já que “o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes”.³⁷ Por isso, a livre apreciação da prova por parte do magistrado, prevista na legislação pátria, não pode ser confundida com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, devendo ocorrer um controle sobre a introdução e utilização das provas durante o processo.³⁸

Luiz Flávio Gomes enumera as principais limitações do direito à prova:

(a) a prova deve ser pertinente (perícia impertinente: CPP, art. 184; perguntas impertinentes: CPP, art. 212; Lei 9.099/95, art. 81, § 1º); (b) a prova deve ser lícita (prova obtida por meios ilícitos não vale); (c) devem ser observadas várias restrições legais: art. 207 (direito ao sigilo), 479 (proibição de leitura de documentos ou escritos não juntados com três dias de antecedência) etc.; (d) e ainda não se pode esquecer que temos também no nosso ordenamento jurídico várias vedações legais (cartas interceptadas criminosamente: art. 233 do CPP) e constitucionais (provas ilícitas, *v.g.*). De outro lado, provas cruéis, desumanas ou torturantes, porque inconstitucionais,

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 121.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Provas. Lei 11.690 de 09.06.2008**. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 249.

também não valem. Não é admitida a confissão mediante tortura, por exemplo.³⁹

Sendo assim, deve haver uma regulamentação no sistema de legalidade das provas no processo penal porque se lida diretamente com a liberdade de uma pessoa, de tal sorte que “o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo”.⁴⁰

³⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091019101935546>. Acesso em: 17 mar. 2010.

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 122.

5 PROVAS ILÍCITAS

5.1 CONCEITO

O Estado necessita de mecanismos hábeis e eficientes para combater a criminalidade que, a cada dia, está mais organizada e avançada em função dos avanços tecnológicos dos últimos anos. Todavia, tais avanços também tornaram mais vulnerável a vida particular do indivíduo. Por isso, deve ficar atento o legislador ao armar o Estado com poderes de repressão a esta criminalidade a fim de não autorizar invasões desmedidas e desnecessárias na vida da pessoa.

Desta forma, faz-se necessária a discussão acerca da prova ilícita como preocupação fundamental do direito moderno, como afirma Antonio Scarance Fernandes:

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos.⁴¹

Não é concebível no Estado Democrático de Direito, em que se vive atualmente, a ingerência desmedida do Estado na vida privada das pessoas sem prévia lei que autorize e com desrespeito aos direitos e garantias fundamentais.

Diante desta problemática, será feito um estudo aprofundado do tema prova ilícita.

⁴¹ SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 90.

Grande parte da doutrina brasileira⁴², apoiada na terminologia do italiano Pietro Nuvolone, diferencia a prova ilícita da prova ilegítima, ambas espécies do gênero provas ilegais ou vedadas⁴³, que são aquelas contrárias a uma específica norma legal ou a um princípio do direito positivo⁴⁴. A prova ilícita constitui o resultado da violação às regras de direito material, ocorrendo no momento de sua obtenção (antes da fase processual) e tem por consequência sua inadmissibilidade no processo ou desentranhamento dele. Do contrário, a prova ilegítima decorre da infringência de normas processuais, aparecendo na fase de produção dela, ou seja, dentro do processo, o que acarreta sua nulidade, podendo ser renovada sua produção se atender às regras processuais pertinentes.⁴⁵

Tendo em vista as inúmeras inviolabilidades postas como garantias na Constituição Federal, a fim de resguardar os direitos fundamentais (artigo 5º, incisos

⁴² Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Julio Fabbrini Mirabete, Luiz Flávio Gomes, dentre outros.

⁴³ Na hipótese do direito proibir a produção de uma prova em qualquer caso, diz-se que ela é vedada em sentido absoluto. Caso o meio de prova seja admitido, observadas as formalidades previstas em lei, a prova será considerada vedada em sentido relativo. (SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 91).

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 124.

⁴⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Provas. Lei 11.690 de 09.06.2008**. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 265 e 266.

X⁴⁶, XI⁴⁷, XII⁴⁸, III⁴⁹, XLIX⁵⁰), o legislador constitucional inseriu no artigo 5º o inciso LVI ao prever a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. A obtenção de provas por meio da violação destas garantias pode ocasionar a formação da prova ilícita, podendo-se fazer a interpretação de que “são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material”.⁵¹

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes afirmam que a Constituição brasileira trata inquestionavelmente das provas ilícitas e, ao prescrever a inadmissibilidade processual delas, a mesma Constituição não admite a prova materialmente ilícita, bem como a processualmente ilegítima, “estabelecendo desde logo uma sanção processual (a inadmissibilidade) para a ilicitude material”⁵². Já para a processual, a sanção é de nulidade da prova ilegítima no processo.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

⁵⁰ é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

⁵¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 253 e 254.

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 131 e 132.

O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, afirmou ser inadmissível o uso de provas ilícitas para suporte da persecução penal:

Processo penal. Ilícitude da prova decorrente de interceptações telefônicas.

É inadmissível, no Processo Penal, a utilização de provas obtidas por meios ilícitos para embasar a persecução penal ou uma eventual condenação (art. 5º, LVI da CF). Reconhecida a ilicitude da prova pelo próprio Tribunal *a quo*, ante a falta de fundamentação das decisões de prorrogação da medida de interceptação telefônica do acusado, a única solução possível é a sua total desconsideração pelo Juízo processante e o **desentranhamento do processo das transcrições dessas interceptações consideradas ilegais**, como consectário lógico e necessário de reconhecimento de ser ilícita a prova colhida ao abrigo de decisões judiciais não fundamentadas, como assentou o egrégio TRF da 4ª Região. Ordem concedida, para determinar a exclusão do processo das provas obtidas por meio das prorrogações das interceptações telefônicas.⁵³ (grifei)

Luiz Flávio Gomes ressalta que nem sempre a violação a uma regra de direito processual implica no resultado de uma prova ilegítima. Um exemplo disso é a busca e apreensão domiciliar realizada sem mandado judicial. Para o Professor, a prova resultante é ilícita já que obtida fora do processo. Neste caso, haveria a violação concomitante de uma regra material (artigo 5º, inciso X da Constituição Federal) e de outra processual (artigo 240 e seguintes⁵⁴ do Código de Processo Penal).⁵⁵

A chamada Reforma Processual Penal de 2008, por meio da Lei 11.690, define da seguinte maneira a prova ilícita no Código de Processo Penal:

⁵³ STJ - 5ª T. - HC 143.697 - rel. Napoleão Nunes Maia Filho - j. 22.9.2009 - DJe 13.10.2009.

⁵⁴ Regras processuais acerca da busca e apreensão.

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091019101935546>. Acesso em: 17 mar. 2010.

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

Parte da doutrina critica esta redação porque o legislador silenciou-se acerca das provas ilegítimas. Conforme Antonio Magalhães Gomes Filho:

Não parece ter sido a melhor, assim, a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, que, longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O descumprimento da lei processual leva à *nulidade* do ato de formação da prova e impõe a necessidade de sua renovação, nos termos do que determina o art. 573, *caput*, do CPP.⁵⁶

Guilherme Madeira Dezem partilha da mesma crítica e oferece duas possíveis soluções: a) adoção do conceito atécnico trazido pela reforma processual, ignorando-se a distinção doutrinária já consolidada entre provas ilícitas e ilegítimas; b) continuidade da diferenciação, fazendo-se uma leitura do artigo 157, *caput* do Código de Processo Penal a partir desta construção doutrinária. Opta o autor pela segunda alternativa com o reconhecimento de que pode haver prova ilícita em decorrência de violação de norma material infraconstitucional.⁵⁷

Por outro lado, Guilherme de Souza Nucci não vê mais sentido em definir se a ofensa diz respeito à norma material ou processual no aludido dispositivo. Segundo o Professor, contrariando a doutrina majoritária, o gênero é a ilicitude por abranger toda e qualquer ofensa à Constituição Federal, tendo como espécies de provas ilícitas as provas ilegais e as provas ilegítimas. Enquanto as primeiras violam a norma penal, as outras se caracterizam pelo desrespeito à norma

⁵⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Provas. Lei 11.690 de 09.06.2008**. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 266.

⁵⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas: (Atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08)**. Campinas: Millennium, 2008, p. 124 e 125.

processual penal. Portanto, não importa se a norma infringida é material ou processual já que qualquer prova advinda será considerada ilícita.⁵⁸ Seu entendimento é justificado da seguinte maneira:

Se houver a inversão dos conceitos, aceitando-se que ilicitude é espécie da ilegalidade, então a Constituição estaria vedando somente a prova produzida com infringência à norma de natureza material e liberando, por força da natural exclusão, as provas ilegítimas, proibidas por normas processuais, o que se nos afigura incompatível com o espírito desenvolvido em todo o capítulo dos direitos e garantias individuais.⁵⁹

Para Luiz Flávio Gomes, quando o *caput* do artigo 157 do Código de Processo Penal fala em normas constitucionais ou legais, não se diferencia se a norma legal é material ou processual. Em suas palavras: “qualquer violação ao devido processo legal, em síntese, conduz à ilicitude da prova”.⁶⁰

O autor acima mencionado ainda ressalta que, além das violações de normas constitucionais e legais em matéria de provas ilícitas, existem também os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos integrados ao sistema constitucional brasileiro, nos termos do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que prevê uma série de garantias em seus artigos 8º (garantias judiciais) e 11 (proteção da honra e da dignidade). As provas colhidas por meio da violação de alguma dessas garantias, são provas que colidem com o devido processo legal e, portanto, ilícitas.⁶¹

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 31 e 32.

⁵⁹ Idem. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 88 e 89.

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas. Conceito e inadmissibilidade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11466>>. Acesso em: 13 set. 2009.

⁶¹ Ibidem.

Os mecanismos de inadmissibilidade das provas ilícitas serão estudados em outro tópico.

5.2 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Além da discussão acalorada acerca das provas ilícitas, faz-se necessária também a abordagem do tema prova ilícita por derivação já que esta pode ser obtida por meio da primeira. O exemplo mais comum encontrado na doutrina⁶² é o do acusado que confessa, mediante tortura, a localização do produto do crime que, posteriormente, é regularmente apreendido na residência de outrem. Assim, vista isoladamente, esta apreensão é lícita porque foi feita por intermédio de mandado judicial. Entretanto, aqueles que fizeram a apreensão só souberam do local torturando o acusado. Daí, pode-se falar em prova derivada da ilícita. Em suma:

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo.⁶³

Este entendimento surgiu nos Estados Unidos em 1920 no caso *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*⁶⁴ e de onde se formulou a chamada *fruit of the*

⁶² SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 96.

⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 128.

⁶⁴ A intimação expedida com base na informação obtida através de busca ilegal foi considerada inválida pela Suprema Corte. Desta feita, estava vedada à acusação o uso no processo tanto da prova colhida diretamente na busca ilegal, quanto daquela obtida indiretamente por meio da intimação baseada na tal busca. (DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo Processual**,

poisonous tree doctrine ou *taint doctrine* ou, como conhecida aqui no Brasil, de teoria dos “frutos da árvore envenenada”, “segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos”⁶⁵, ou seja, “a regra de exclusão é aplicável a toda prova maculada por uma investigação inconstitucional”⁶⁶. Guilherme Madeira Dezem lembra que, se deste caso surgiu a doutrina, somente em outro, (*Nardone v. United States*) a expressão *fruits of the poisonous tree doctrine* foi cunhada pelo Min. Franckfurter em 1937⁶⁷.

No Brasil, a teoria dos frutos da árvore envenenada é bem aceita, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. A título de exemplo, têm-se os seguintes julgados:

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

Provas Típicas e Atípicas: (Atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08).
Campinas: Millennium, 2008, p. 132).

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 128.

⁶⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Provas. Lei 11.690 de 09.06.2008**. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 266.

⁶⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas: (Atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08)**. Campinas: Millennium, 2008, p. 132.

decisiva, no julgamento, de ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); consequente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a **ilicitude da interceptação telefônica** - a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la 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.**⁶⁸ (grifei)

HABEAS-CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA. 1. **É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos "frutos da árvore venenosa".** 2. Inexistência de prova autônoma. 3. Precedente do Plenário: HC nº 72.588-1-PB. 4. Habeas-corpus conhecido e deferido por empate na votação (RI-STF, art.150, § 3º), para anular o processo *ab initio*, inclusive a denúncia, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.⁶⁹ (grifei)

Não há justa causa para a ação penal quando a demonstração da autoria ou da materialidade do crime decorrer apenas de prova ilícita. Tendo em conta essa orientação, a Turma deferiu *habeas corpus* para, nos termos do art. 386, II, do CPP, absolver condenada nas penas do art. 251, *caput*, do CPM, por haver efetuado saques na conta de pensionista falecida, nos 5 meses posteriores ao óbito. Tratava-se de writ impetrado contra acórdão do STM que, embora reconhecendo a ilicitude da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, assentara que a confissão posterior da paciente seria suficiente para manter a condenação, aplicando à espécie o princípio da proporcionalidade. Esclareceu-se, ainda, que a mencionada confissão surgira como efeito da prova ilicitamente obtida, sendo razoável supor que não teria sido feita sem a quebra prévia do sigilo. Dessa forma, concluiu que **a palavra da acusada, como meio de prova, também padeceria de ilicitude, agora por derivação.** Por conseguinte, **seriam imprestáveis as provas que fundamentaram a condenação imposta à paciente.**⁷⁰ (grifei)

⁶⁸ STF - HC 69.912/RS - rel. Sepúlveda Pertence - j. 16.12.1993 - DJU 25.3.1994.

⁶⁹ STF - HC 74.116/SP - rel. Maurício Corrêa - j. 5.11.1996 - DJ 14.3.1997.

⁷⁰ STF - 2ª T. - HC 90.298/RS - rel. Cezar Peluso - j. 8.9.2009 - DJe 16.10.2009.

Todavia, a jurisprudência norte-americana admite exceções quanto a utilização da teoria dos frutos da árvore envenenada, dentre elas a *independent source*, a *inevitable discovery* e a teoria do nexo causal atenuado⁷¹.

A doutrina conceitua fonte independente e a descoberta inevitável, respectivamente:

(...) excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira.⁷²

É possível concluir que a prova derivada de fonte independente possui duas origens, a saber: uma ilícita e outra lícita. Significa que se a fonte ilegal for excluída, o dado probatório subsiste e pode ser validamente utilizado no processo. Para Antonio Magalhães Gomes Filho, a fonte independente não seria hipótese de exceção “à regra de contaminação da prova derivada, pois na verdade o que se exclui é a própria relação de causalidade”.⁷³ Sendo assim, se um acusado, sob tortura dos policiais, indica a localização da *res furtiva* e, no mesmo instante, é encontrado o objeto produto do crime de maneira totalmente independente, por outra

⁷¹ DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas: (Atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08)**. Campinas: Millennium, 2008, p. 133.

⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 128.

⁷³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Provas. Lei 11.690 de 09.06.2008**. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 268.

equipe policial, não há que se falar em ilicitude por derivação já que não existe nenhum nexos entre a confissão extorquida e a apreensão⁷⁴.

A *independent source limitation* (exceção pela fonte independente) foi reconhecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Bynum v. U.S.* em 1960. Neste caso, prendeu-se ilegalmente um acusado e, através da retirada de suas impressões digitais, ficou demonstrada sua ligação com um roubo. Como esta prova era uma derivação da prisão ilegal, foi excluída do processo num primeiro julgamento. Posteriormente, comparou-se a impressão digital do acusado com outras mais antigas contidas nos arquivos do FBI. Desta feita, sem conexão com a prisão arbitrária, reconheceu-se a validade da prova.⁷⁵

Já na chamada *inevitable discovery* ou descoberta inevitável, a prova possui somente uma única origem que é ilícita. Dessa forma, pelas circunstâncias especiais do caso concreto, pode-se considerar que, inevitavelmente, as circunstâncias do caso levariam à prova obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita. Por conta disso, a exceção da descoberta inevitável também é chamada de exceção da fonte hipotética independente. Na prática, tal exceção pode ser vislumbrada na situação de um acusado, mediante tortura, confessar o homicídio e indicar o local em que deixou o corpo da vítima. Ao chegar lá, a polícia encontra a vítima sem vida e se depara com populares munidos de pás que também procuravam o cadáver. Assim, fica clara que a descoberta seria inevitável e, por conseguinte, válida, mesmo que considerada ilícita por derivação a prova obtida mediante confissão forçada.

Situação semelhante ocorreu em 1984, dando origem a *inevitable discovery*, nos Estados Unidos no caso *Nix v. Williams (Williams II)* em que a

⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091019101935546>. Acesso em: 17 mar. 2010.

⁷⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Provas. Lei 11.690 de 09.06.2008**. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 267.

Suprema Corte concluiu que a doutrina dos frutos envenenados não tinha aplicação quando a prova seria inevitavelmente descoberta por uma investigação legal.⁷⁶

Como última exceção da jurisprudência norte-americana acerca da utilização da teoria dos frutos envenenados, tem-se a teoria do nexo causal ou de contaminação expurgada ou conexão atenuada ou vício diluído. Sua aplicação se deu em 1963 no caso *Wong Sun v. U.S.*⁷⁷

Por esta teoria, não existe prova ilícita derivada quando o elo entre esta e a prova ilícita propriamente dita for muito tênue. Esclarece a doutrina:

O agente confessa mediante tortura e indica seu coautor, que também confessa. Essa segunda prova é ilícita por derivação e não vale. Dias depois o coautor, na presença de seu advogado, delibera confessar livremente o delito perante o juiz. A contaminação precedente fica expurgada. A nova confissão, feita na presença de advogado, possui valor jurídico. Ou seja: expurga a contaminação precedente.⁷⁸

A legislação brasileira, após a Lei 11.690/08, passou a prever a prova ilícita por derivação no §1º do artigo 157 do Código de Processo Penal desta maneira:

§ 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.

⁷⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Provas. Lei 11.690 de 09.06.2008**. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 268.

⁷⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas: (Atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08)**. Campinas: Millennium, 2008, p. 137.

⁷⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091019101935546>. Acesso em: 17 mar. 2010.

Da leitura do dispositivo, percebe-se que o legislador inseriu duas exceções acerca da orientação da inadmissibilidade processual da prova derivada da ilícita: 1ª) “quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras” e 2ª) “quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Isto significa que nestes dois casos, não há que se falar em prova derivada da ilícita, sendo que as provas obtidas serão consideradas válidas no processo. Todavia, alerta Maria Elizabeth Queijo que a adoção destas exceções seria um “certo estímulo à utilização de expedientes ilícitos para a obtenção de provas, que de alguma forma, poderão vir a ser aproveitadas”.⁷⁹ Por isso, sugere a Professora que haja punição, na esfera penal, do agente que obtém a prova por meio ilícito.

A primeira ressalva prevista na lei é sobre a não verificação do nexo de causalidade entre a prova ilícita e as provas derivadas dela. O nexo de causalidade é composto por causa e efeito, isto é, o liame vinculador entre duas coisas. Nas palavras do Professor Luiz Flávio Gomes:

Aplicando-se a teoria ou princípio dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), a prova derivada diretamente da prova ilícita também é ilícita. Comprovado esse nexo a segunda prova é ilícita e, portanto, inadmissível (devendo ser desentranhada dos autos do processo). Não comprovado o nexo, conclui-se que se trata de prova totalmente independente (e válida).⁸⁰

⁷⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 18-19, jul. 2008.

⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091019101935546>. Acesso em: 17 mar. 2010.

Guilherme Madeira Dezem⁸¹ afirma que houve a positivação da teoria do nexo causal atenuado, posição não compartilhada por Luiz Flávio Gomes⁸². Segundo ele, a lei não acolheu esta teoria, mas nada impede que ela seja admitida pelos juízes e tribunais brasileiros.

Já para parte da doutrina⁸³, a previsão normativa da primeira exceção foi desnecessária, porém não traz nenhum inconveniente na sua aplicação. Antonio Magalhães Gomes Filho justifica a desnecessidade assim:

(...) o conceito de prova derivada supõe, por si só, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda. Se o vínculo não estiver evidenciado, é intuitivo que não se trata de *prova derivada*.⁸⁴

A segunda ressalva diz respeito à fonte independente que é conceituada pelo legislador no § 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal assim:

§ 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.

Este dispositivo é criticado por grande parte da doutrina em relação à definição atribuída pela lei de fonte independente. Houve um equívoco porque se

⁸¹ DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas: (Atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08)**. Campinas: Millennium, 2008, p. 137.

⁸² GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091019101935546>. Acesso em: 17 mar. 2010.

⁸³ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Guilherme de Souza Nucci.

⁸⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Provas. Lei 11.690 de 09.06.2008**. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 268.

afastou completamente da noção original fixada pela jurisprudência norte-americana que prevê duas origens para o dado probatório, uma ilícita e outra lícita, “subsistindo como elemento de convicção válido, mesmo com a supressão da fonte ilegal”.⁸⁵ Antonio Magalhães Gomes Filho complementa afirmando que “o conceito normativo de *fonte independente* (...) coloca em risco a própria *finalidade* da vedação constitucional, que não é outra senão a de coibir atentados aos direitos individuais estabelecidos na Lei Maior”⁸⁶ (artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal).

Ademais, no §1º do aludido artigo o verbo é usado no condicional (“puderem ser obtidas”), o que pode levar a interpretação de que “basta a simples *possibilidade* de que a prova venha a ser obtida por meio lícito para afastar a sua contaminação pela ilegalidade inicial”⁸⁷. Por exemplo, se de uma confissão obtida sob tortura, os policiais são informados da localização exata de uma prova documental e, com a observância das formalidades legais, é realizada a busca e apreensão, tal prova apreendida seria considerada ilícita por derivação pois só se soube de seu paradeiro mediante violação de direito fundamental (tortura). Entretanto, para parte da doutrina, pelo disposto no §2º, “nem mesmo seria necessário que a prova derivada tivesse sido efetivamente conseguida de forma regular, bastando que houvesse uma mera *possibilidade* disso”⁸⁸, o que acarreta subversão ao espírito da garantia constitucional.

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 133.

⁸⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Provas. Lei 11.690 de 09.06.2008**. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 269.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 134.

De acordo com Luiz Flávio Gomes e Guilherme Madeira Dezem⁸⁹, o legislador se equivocou ao conceituar fonte independente, conceituando, na verdade, a descoberta inevitável. Conforme explicação do primeiro autor⁹⁰, já esclarecida esta questão anteriormente por Antonio Magalhães Gomes Filho⁹¹, a fonte independente não pode ser invocada como exceção da prova ilícita derivada pois ela, por si só, possui validade plena e absoluta.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes vão além e afirmam que se a lei quisesse mesmo falar da exceção da descoberta inevitável, o legislador também não teria sido feliz na definição porque “na situação de *inevitable discovery*, são circunstâncias especiais do caso concreto (como no exemplo do encontro do cadáver) é que permitem considerar que a prova seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita”⁹². Todavia, a lei prevê uma possibilidade da prova derivada da ilícita ser obtida, contrariando, assim, a ideia original de descoberta inevitável, além de esvaziar completamente o sentido da garantia. Por isso, os Professores entendem que o artigo 157, §2º do Código de Processo Penal é inconstitucional.⁹³

⁸⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas: (Atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08)**. Campinas: Millennium, 2008, p. 137.

⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091019101935546>. Acesso em: 17 mar. 2010.

⁹¹ Vide página 33.

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 134.

⁹³ Ibidem.

5.3 REPERCUSSÃO PROCESSUAL

Durante muito tempo, na doutrina brasileira, havia quem fosse a favor da admissibilidade das provas ilícitas no processo, mesmo nos campos civil e penal, prevendo-se somente a “punição do infrator pelo ilícito cometido no momento da obtenção da prova”⁹⁴. Ainda assim, outros defendiam que as provas ilícitas fossem inadmissíveis utilizando-se do expediente do princípio da proporcionalidade.

A jurisprudência brasileira, num primeiro momento, admitia no processo o ingresso de provas ilícitas. Alguns julgados admitiam a confissão extorquida se confirmada por outras provas, principalmente a efetiva apreensão do produto do crime (*RT* 441/413, 426/439, 429/379, 440/114, 402/337, 425/372 e 440/441), assim como também admitiam gravações telefônicas clandestinas (*RF* 257/277, *RePro* 4/403; *TJSC, Bol. Jurisp. ADCOAS* 21/330, 26.5.1970).

Ainda assim, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, em três decisões, banuiu as interceptações telefônicas clandestinas, tanto em matéria civil, quanto em matéria penal. A primeira decisão é de 11.11.1977 em que foi determinado o desentranhamento de fitas gravadas pelo marido de conversas telefônicas da esposa, a fim de instruir processo de separação judicial (*RTJ* 84/609); a segunda foi tomada em 28.6.1984 no sentido também do desentranhamento dos autos de gravação clandestina em conversa telefônica (*RTJ* 110/798); por fim, a terceira decisão data de 18.12.1986 que determinou, baseado em captações telefônicas clandestinas, o trancamento de inquérito policial (*RTJ* 122/47).⁹⁵

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 129.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 130.

Assim, em 1988, a Constituição Federal consolidou a posição do Supremo Tribunal Federal ao prever a inadmissibilidade da prova ilícita no artigo 5º, inciso LVI. Posteriormente, a Lei 11.690/08 regulamentou a matéria em nível infraconstitucional, dando nova redação ao artigo 157 do Código de Processo Penal.

O Ministro Celso de Mello já afirmou que a prova ilícita é destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.⁹⁶ Conforme lição doutrinária, as provas ilícitas simplesmente não existem como provas, não possuindo aptidão para surgirem como tais e, portanto, são ineficazes.⁹⁷

O *caput* do artigo acima referido prevê a inadmissibilidade da prova ilícita com seu desentranhamento do processo e o §3º complementa: “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”.

Guilherme de Souza Nucci defende a instauração de um incidente de ilicitude de provas que deve seguir os trâmites, por analogia, do incidente de falsidade, nos termos dos artigos 145 e seguintes do Código de Processo Penal. Desta forma, ao final da decisão declaratória de ilicitude da prova, caberia o recurso de apelação (artigo 593, inciso II do Código de Processo Penal) e posterior retirada da prova ilícita do processo quando transitar em julgado a decisão. Pode o juiz decidir de plano acerca da prova ilícita sem a instauração deste procedimento caso a discussão da ilicitude se der em termos mais simples. Segundo o Professor, o debate acerca da ilicitude da prova ilícita nos autos do processo principal, sem a instauração do procedimento incidental, pode acabar conturbando a instrução.⁹⁸

⁹⁶ STF - RE 251.445/GO - rel. Celso de Mello - j. 21.6.2000 - DJ 3.8.2000.

⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 136.

⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36 e 37.

De fato, a legislação brasileira não prevê nenhum recurso específico contra a decisão que determina o desentranhamento das provas ilícitas dos autos e há divergência na doutrina neste aspecto.

Para Antonio Magalhães Gomes Filho seria cabível o recurso em sentido estrito como meio de impugnação da decisão que decidir o incidente de falsidade da prova (artigo 581, inciso XVIII do Código de Processo Penal) ou o recurso de apelação por ser uma decisão com força de definitiva (artigo 593, inciso II do mesmo diploma legal). Ademais, a preclusão da decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível ocorreria com o trânsito em julgado da sentença final, condenatória ou absolutória.⁹⁹

Luiz Flávio Gomes também defende a utilização do recurso em sentido estrito mas com base em outro inciso, o XIII, porque o juiz, ao reconhecer a ilicitude da prova, está anulando o processo, no todo ou em parte. Posteriormente, em segunda instância, caberia o agravo regimental.¹⁰⁰

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, a apelação seria o recurso mais apropriado.¹⁰¹

Em sentido completamente contrário, Maria Elizabeth Queijo afirma que a falta de previsão de recursos possibilita às partes a utilização de ações autônomas. A defesa pode fazer uso do *habeas corpus* pelos efeitos produzidos pela prova ilícita

⁹⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Provas. Lei 11.690 de 09.06.2008**. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 271.

¹⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091019101935546>. Acesso em: 17 mar. 2010.

¹⁰¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

em relação ao direito de liberdade e a acusação deve se valer da impetração de mandado de segurança.¹⁰²

A inutilização da prova declarada inadmissível é sinônimo de destruição física desta. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes não concordam com a destinação dada pela lei às provas ilícitas retiradas do processo. No dizer deles:

É perfeitamente viável que a prova declarada ilícita num determinado processo possa vir a ser utilizada validamente em outro. Pense-se, como exemplo, da situação em que os autores da violação de direito, da qual resultou a prova ilícita, venham a ser processados pelo crime correspondente (tortura, violação de domicílio, interceptação telefônica ilegal etc.). Nesse caso, se destruída a prova, como manda a lei, ficará prejudicada a demonstração do próprio fato praticado para obtê-la. Não se pode descartar, ainda, a hipótese de usar uma prova ilícita *pro reo* em outro processo, como o de revisão criminal. Mais razoável era a proposta do Projeto de Lei 4.206/2001, que previa o arquivamento sigiloso em cartório.¹⁰³

Pelo disposto na lei, é facultado às partes acompanhar o incidente, ou seja, a destruição das provas ilícitas. Afirma Antonio Magalhães Gomes Filho que a presença do Ministério Público, do acusado e do defensor não pode ser mera

¹⁰² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 18-19, jul. 2008.

¹⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 136.

faculdade diante da importância do ato e de seus possíveis efeitos.¹⁰⁴ Já para Luiz Flávio Gomes, basta a devida intimação das partes para o ato de inutilização.¹⁰⁵

Depois da explanação sobre os mecanismos de retirada da prova ilícita do processo durante sua tramitação, faz-se necessária aventurar a hipótese desta prova continuar mesmo após a sentença.

Em grau de recurso, as provas ilícitas, que tiverem sido irregularmente admitidas e levadas em consideração na sentença, deverão ser desconsideradas pelo tribunal e este julgará a causa como se elas não existissem. Se for *habeas corpus*, também será determinada a retirada das provas ilícitas e decretada a nulidade da sentença. Na hipótese de trânsito em julgado da sentença, será esta considerada nula através da revisão criminal.¹⁰⁶

No júri, se a decisão de pronúncia se apoiar em prova ilícita, deverá ser reformada pela via recursal ou anulada por meio de *habeas corpus*. Se esta decisão não for atacada, o veredicto dos jurados será nulo. Caso, ainda, da pronúncia não se basear nas provas ilícitas, deverá o juiz presidente desentranhá-las do processo antes que os jurados tomem conhecimento. Todavia, se se fizer referência a elas em plenário, o Conselho de Sentença será dissolvido.¹⁰⁷

¹⁰⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Provas. Lei 11.690 de 09.06.2008**. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 271.

¹⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091019101935546>. Acesso em: 17 mar. 2010.

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 136.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 137.

5.4 UTILIZAÇÃO DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

A aplicação da teoria ou do princípio da proporcionalidade vem sendo admitida para a solução de questões envolvendo conflitos entre normas constitucionais, “cuja finalidade é equilibrar os direitos individuais e os interesses da sociedade”.¹⁰⁸ Esclarece César Dario Mariano da Silva:

Preconiza o princípio da proporcionalidade a possibilidade do sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro de igual ou superior valia, notadamente quando está em jogo interesse público relevante.¹⁰⁹

A teoria da proporcionalidade, também conhecida como teoria do interesse dominante ou teoria do sacrifício ou teoria da razoabilidade, pode ser encontrada implicitamente na Constituição Federal no parágrafo 2º do artigo 5º, a saber:

Os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Isto significa que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos, ou seja, “a existência de um direito ou garantia constitucional não exclui a aplicação de outros, acolhendo, implicitamente, a possibilidade de conflito entre valores constitucionais”.¹¹⁰

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 89.

¹⁰⁹ MARIANO DA SILVA, César Dario. **A relatividade das provas ilícitas e processualmente ilegítimas**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-nov-29/proibicao_prova_ilegal_nao_absoluta>. Acesso em: 13 set. 2009.

¹¹⁰ Ibidem.

Por isso, a fim de evitar possíveis distorções em casos excepcionais, a teoria da proporcionalidade vem sendo aplicada para atenuar a inadmissibilidade das provas ilícitas prevista na lei. Conforme ensinamentos da doutrina:

Trata-se do denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.¹¹¹

Importante mencionar decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que acatou o princípio da proporcionalidade ao admitir a interceptação telefônica ilícita:

Constitucional e Processo Penal. *Habeas Corpus*. Escuta telefônica com ordem judicial. **Réu condenado** por formação de quadrilha armada, **que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre** para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. **O inciso LVI do artigo 5º da Constituição**, que fala “são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito”, **não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da atualização constitucional (*verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa.** A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da “Razoabilidade” (*Reasonableness*). O “princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas” (*Exclusionary Rule*) também lá pede temperamentos. Ordem denegada.¹¹² (grifei)

Há ainda quem entenda que a adoção da teoria da proporcionalidade não tenha lugar no Brasil, já que o sistema processual penal brasileiro é imaturo em

¹¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 127.

¹¹² STJ - 6ª T. - HC 3.982/RJ - rel. Adhemar Maciel - j. 5.12.1995 - DJU 26.2.1996.

assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais.¹¹³ Corroborando com este entendimento, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inadmissibilidade da prova ilícita com o desprezo da utilização do princípio da proporcionalidade:

I. *Habeas corpus*: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do *habeas corpus* para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: consequente **impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação.**¹¹⁴ (grifei)

Todavia, a doutrina brasileira em sua maioria¹¹⁵ admite o uso da prova ilícita em favor do réu através da aplicação do princípio da proporcionalidade, o que não acontece ao contrário, isto é, a utilização do aludido princípio em favor da acusação, posição esta justificada pelo princípio da isonomia em função da crescente criminalidade organizada. Segundo Luiz Flávio Gomes, a admissão de provas ilícitas *pro societate* por meio da teoria da proporcionalidade caracteriza grave anomalia:

O princípio da proporcionalidade nasceu para limitar os poderes do Estado, que não pode praticar abusos ou excessos. Nasceu, em

¹¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 90.

¹¹⁴ STF - 1ª T. - HC 80.949/RJ - rel. Sepúlveda Pertence - j. 30.10.2001 - DJ 14.12.2001.

¹¹⁵ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Guilherme de Souza Nucci, Julio Fabbrini Mirabete, Luiz Flávio Gomes, dentre outros.

síntese, para a tutela dos direitos fundamentais do cidadão (não para a proteção dos direitos do poder público).¹¹⁶

Realmente não há discussão quando o Poder Público ou o particular transgride as normas positivas atingindo direitos e garantias fundamentais do indivíduo. O Ministro Celso de Mello, em seu voto, já asseverou que:

No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a **inadmissibilidade processual das provas ilícitas**, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, **quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda, que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular.**¹¹⁷ (grifei)

Desta feita, se qualquer particular (ou o próprio Poder Público) obter prova ilícita ou derivada desta para incriminar alguém, deve ser ela não admitida no processo porque é juridicamente ineficaz.

Situação distinta é a violação de correspondência de presos perigosos em que se descobre, por exemplo, a intenção de sequestrar o Secretário de Segurança Pública do Estado. A aplicação rigorosa da regra da inviolabilidade das correspondências, prevista na Constituição (artigo 5º, inciso XII), impediria que as cartas interceptadas desses presos pudessem ser usadas como provas, já que foram obtidas por meio ilícito. Neste caso, o Ministro Celso de Mello afirmou que “a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”.¹¹⁸ Ademais, complementa Antonio Scarance

¹¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091019101935546>. Acesso em: 17 mar. 2010.

¹¹⁷ STF - RE 251.445/GO - rel. Celso de Mello - j. 21.6.2000 - DJ 3.8.2000.

¹¹⁸ STF - 1ª T. - HC 70.814/SP - rel. Celso de Mello - j. 1.3.1994 - DJ 24.6.1994.

Fernandes que há colisão entre duas normas de natureza material e não processual, a saber: a vida do Secretário de Segurança Pública, que possui um valor maior, e a proteção ao sigilo da correspondência.¹¹⁹ Assim, não há que se falar em prova ilícita, sendo que ela poderá instruir perfeitamente o processo.

Como já mencionado anteriormente, é perfeitamente plausível a admissão, no processo, da prova ilícita *pro reo*, utilizando-se a teoria da proporcionalidade. O direito à liberdade é o segundo direito mais importante para qualquer ser humano (obviamente o direito à vida ocupa a primeira colocação). Sendo assim, seria um contrassenso aceitar que um inocente seja preso e/ou responda a processo criminal porque a sua não culpabilidade está numa prova considerada ilícita pelo ordenamento jurídico. Observa-se que a ampla defesa e o direito à liberdade estão bem acima da proteção constitucional da inadmissibilidade da prova considerada ilícita. Este balanceamento entre direitos fundamentais só é possível pela aplicação do princípio da proporcionalidade que sacrifica um direito em prol de outro mais importante. Em suma:

A vedação à utilização da prova ilícita no processo se choca com a presunção de inocência e com a ampla defesa, merecendo prevalecer estes últimos princípios, pois vinculados à liberdade individual. O outro princípio conecta-se ao processo e à atuação do Estado, razão pela qual, axiologicamente, é menos relevante.¹²⁰

É pacífico na doutrina que quando o réu colhe a prova, aparentemente ilícita, para sua absolvição, na realidade está agindo em legítima defesa.¹²¹ Guilherme de Souza Nucci vai além e sustenta que na hipótese de não ser possível

¹¹⁹ SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 95.

¹²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

¹²¹ Dispõe o artigo 25 do Código Penal: entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

o reconhecimento desta excludente de ilicitude (artigo 23 do Código Penal), pode-se pensar no caso de inexigibilidade de conduta diversa¹²² ou até em estado de necessidade¹²³ para absolver alguém que faz uma escuta clandestina com o escopo de localizar o cativo de vítima de sequestro, “embora não se possa utilizar tal prova para incriminar os autores do crime”.¹²⁴ O Supremo Tribunal Federal já entendeu que o acusado age em legítima defesa quando colhe prova ilícita, *in verbis*:

Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada **gravação ambiental, autorizada por** um dos interlocutores, **vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa** de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8- 97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma.¹²⁵ (grifei)

A jurisprudência também admite o uso de provas ilícitas como exercício do direito de defesa:

Habeas corpus. Prefeito Municipal. Art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67. Condenação. **Prova ilícita**. Quebra do sigilo bancário. Falta de autorização judicial. Ordem denegada. **A quebra do sigilo bancário, não observado o disposto no art. 38, §1º da Lei 4.959/64, não se traduz em prova ilícita se o réu, corroborando as informações**

¹²² Somente existe exigibilidade de conduta diversa se nas circunstâncias do caso concreto era possível ao infrator atuar de maneira diversa, ou seja, era possível a ele não praticar a conduta criminosa. Se não era possível ao agente não praticar esta conduta, será caso de inexigibilidade de conduta diversa e, por consequência, ele ficará isento de pena.

¹²³ Estabelece o artigo 24, *caput* do Código Penal: Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

¹²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 90.

¹²⁵ STF - 1ª T. - RE 212.081/RO - rel. Octavio Gallotti - j. 5.12.1997 - DJ 27.3.1998.

prestadas pela instituição bancária, utiliza-as para sustentar sua defesa.¹²⁶ (grifei)

CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - **gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.** II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação *the fruits of the poisonous tree* não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido.¹²⁷ (grifei)

Em síntese, é plenamente aceitável na doutrina e na jurisprudência a utilização da prova ilícita em favor do réu, isto é, quando a sua inocência dependa de prova produzida violando-se uma garantia constitucional dele ou de terceiros, tendo em vista que o erro judiciário precisa ser a todo custo evitado, nos termos do artigo 5º, inciso LXXV da Constituição Federal. Alguns dizem que este seria o exercício do direito constitucional de defesa que o réu tem a seu favor, outros já afirmam que a ilicitude da prova desapareceria pois estaria o acusado agindo em legítima defesa (se foi ele quem produziu a prova), sempre, em ambos os casos, com o objetivo de provar a inocência do crime a que lhe é imputado.

Sobre este embate de direitos fundamentais *pro reo*, Guilherme Madeira Dezem faz uma observação de que deve haver uma discussão concreta dos bens em conflito, ou seja, da modalidade de prova ilícita produzida e do tipo de crime que

¹²⁶ STF - RT 743/548.

¹²⁷ STF - 2ª T. - AI 50.367/PR - rel. Carlos Velloso - j. 1.2.2005 - DJ 4.3.2005.

é imputado ao acusado. Para ele, não parece razoável que seja admitida a tortura a fim de provar a inocência de alguém que é acusado de lesão corporal leve.¹²⁸

¹²⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas: (Atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08)**. Campinas: Millennium, 2008, p. 131.

6 CONCLUSÃO

O tema da prova ilícita e sua inserção ou não no processo sempre foi motivo de grandes debates por todo mundo. A obtenção deste tipo de prova acarreta, necessariamente, a ingerência desmedida do Estado ou do particular na vida privada de qualquer pessoa.

O desrespeito a direitos e garantias fundamentais para a aquisição da prova ilícita fica evidente na esfera criminal. Entretanto, o direito de prova é uma garantia tanto para a acusação, quanto para a defesa no contraditório judicial. Pois bem, a questão que surge é como balancear essa gama de direitos.

Pelo princípio da convivência de liberdades, os direitos fundamentais não são absolutos, devendo ser entendidos como o direito do homem inserido na sociedade. Desta forma, a teoria ou princípio da proporcionalidade fornece mecanismos para a solução de conflitos entre normas constitucionais, isto é, entre direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. De um lado está o direito de prova, o direito do Estado de processar criminalmente determinado sujeito e, de outro, a violação de qualquer garantia constitucional para que o objetivo do Estado seja alcançado.

Por isso, a fim de equilibrar estes interesses, é necessária que haja a supressão de um direito fundamental em prol de outro. Pela teoria da proporcionalidade, através dos requisitos da adequação, da necessidade e da prevalência do valor protegido na ponderação dos interesses em confronto, a escolha do meio (prova), para que algum objetivo seja atingido (condenação), deve ser o menos danoso e que imponha o mínimo de restrições ao indivíduo.

A utilização do princípio da proporcionalidade na valoração de provas vem sendo utilizada há muitos anos no Brasil. A Constituição Federal e a norma infraconstitucional, acertadamente, vedam o uso da prova obtida por meio ilícito, assim como aquelas que derivem desta. Sem esta proibição, o Estado Democrático

de Direito, no qual o país vive, ficaria ameaçado com a adoção de medidas claramente atentatórias à dignidade da pessoa humana. Todavia, em casos excepcionais, a prova ilícita é admitida no processo com o escopo de se evitar possíveis distorções.

A doutrina brasileira ainda diverge em que situações deva ser aplicada a teoria da proporcionalidade. Todavia, doutrina e jurisprudência são unânimes na aceitação da prova ilícita quando esta for a única maneira de se inocentar o réu. Aqui, percebe-se claramente a colisão de dois direitos fundamentais: o direito à liberdade e a inadmissibilidade da prova ilícita. A escolha do direito mais valioso é feita através da aplicação da teoria da proporcionalidade que oferece uma espécie de balanceamento entre direitos que sacrifica um deles a favor de outro muito mais relevante.

Como já mencionado, o emprego da prova ilícita no processo penal é perfeitamente plausível a fim de se inocentar alguém injustamente acusado de algum delito. Para isso, também é importante notar o tipo de crime imputado ao potencial inocente e a maneira como se adquire a prova considerada ilícita. Mesmo que a doutrina afirme ser direito de defesa do réu ou até um exercício da legítima defesa, não parece justo que se pratique um crime mais grave a fim de se obter a prova da inocência do réu acusado de um crime menos grave.

Portanto, faz-se necessária uma profunda análise em todos os processos em que as provas ilícitas são inseridas, principalmente quando for a única forma de se provar a inocência do réu. Ainda assim, neste caso, é aceitável fazer outra ponderação, além daquela já feita em relação aos direitos e garantias fundamentais, a saber: a gravidade do crime imputado e a maneira como foi adquirida a prova considerada ilícita pelo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas: (Atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08)**. Campinas: Millennium, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei 11.690/2008 e as Provas Ilícitas Derivadas**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=2389>>. Acesso em: 13 set. 2009.

_____. **Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas. Conceito e inadmissibilidade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11466>>. Acesso em: 13 set. 2009.

_____. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091019101935546>. Acesso em: 17 mar. 2010.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9296/96**. Boletim IBCCRIM. São Paulo: n.45, p. 14, ago. 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MARIANO DA SILVA, César Dario. **A relatividade das provas ilícitas e processualmente ilegítimas**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-nov-29/proibicao_prova_ilegal_nao_absoluta>. Acesso em: 13 set. 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____ **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 18-19, jul. 2008.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 48ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.