



Prova ilícita

Unauthorized evidences

ANA PAULA FURLAN TEIXEIRA

Advogada. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade IDC – Instituto de Desenvolvimento Cultural.
Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS.

RESUMO: A presente monografia objetiva a análise da vedação constitucional das provas ilícitas e sua admissibilidade no Direito Processual Penal pátrio. O tema não é pacífico e, mesmo antes do advento da Constituição Federal de 1988, provoca discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Este estudo propõe-se a destacar aspectos sobre essa controvérsia, mediante a pesquisa do posicionamento da doutrina e da jurisprudência, como também analisar as principais questões introduzidas pela Lei nº 11.690/2008. Não se objetivou esgotar a matéria, mas apresentar alguns aspectos, os quais se acredita serem os mais relevantes. Para tanto, no desenvolver desta monografia, sempre se observou que a garantia inculpada no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal é uma das normas que regem toda a atividade probatória e que somente poderá ser relativizada em casos excepcionais, em prol da preservação de direitos e garantias constitucionais de maior relevância – sempre tendo como fim último a preservação do Estado Democrático de Direito.

Palavras chaves: Prova penal; provas ilícitas; princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT: The present monograph analyzes the constitutional prohibition of the illicit evidences, and their admissibility in our country's Criminal Process. The issue is not pacific and, even before the advent of the 1988's Constitution, it provokes several discussions, in the fields of jurisprudence and doctrine. In this research, different aspects in this controversy are pointed out through research in the positioning of doctrine and jurisprudence, and analyze the most important issues introduced by the Law n 11.690/2008. The legal theories that try to solve the divergences are also analyzed. It was not intended to study completely this matter, but to present some aspects that are believed to be the most relevant ones. For that, in this work, it was always observed that the guarantee embedded in art. 5º, LVI of the Brazilian Constitution is one of the rules that conduct all the probatory activity and that it can only be relativized in exceptional cases, in order to assure the preservation of constitutional rights and guarantees of bigger relevance, always having as the ultimate goal the preservation of the Rule of Law.

Keyword: Criminal evidence; unauthorized evidences; proportionality.

1 A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS

A forma jurídica atual do Estado, instituída pela Constituição Federal de 1988, estabelece que todos os Poderes devem ser distribuídos e executados por diferentes agentes a fim de que possa haver controle recíproco e eficaz. Portanto, toda a atividade de busca da justa solução do conflito deve ser orientada e desenvolvida de acordo com as garantias asseguradas na Constituição Federal. Em contrapartida, caso haja desrespeito à legalidade, haverá violação ao próprio Estado Democrático de Direito, com risco de opressão aos direitos e garantias fundamentais conferidos aos indivíduos.

O Estado tem o dever, portanto, de não se descurar do primado da legalidade de seus atos. Desta forma,

embora seja o titular do *ius puniendi*, não poderá, de forma arbitrária cercear o *status libertatis* dos indivíduos. Por isso, o próprio Estado Democrático de Direito se autolimitou, visando garantir à sociedade o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais e reduzir ao máximo a incidência de abusos e desvios de poder. Nesse sentido Malheiros:¹

Portanto, no que diz com a persecução penal, e com a atuação dos poderes públicos na busca da proteção da coletividade e na repressão à criminalidade, a opção por sacrificar-se os direitos e garantias individuais em nome da segurança nada mais traduz que uma opção política. E essa opção política, em sua essência, ofende o próprio Estado Democrático de Direito, e não pode ficar ao critério do agente público. Eventuais restrições ao livre exercício desses direitos, portanto, só são admissíveis dentro das balizas da estrita legalidade, da comprovada

necessidade, da adequada proporcionalidade, como veremos adiante, e, principalmente, submetidas quaisquer medidas ao crivo do Judiciário, a quem a Constituição confere o poder de decidir sobre quaisquer lesões ou ameaças de lesões a direitos.

Os direitos fundamentais também devem, desse modo, ser assegurados durante a persecução penal, proporcionando efetividade ao princípio do devido processo legal. Tal observância à legalidade é imprescindível para todo o processo na medida em que, como bem salienta Prado,² a restrição quanto aos meios utilizados para a obtenção de provas, no processo penal, refere-se ao conjunto de valores sociais considerados no “estatuto ético da sociedade”. Diante desses aspectos, afirma-se a legitimidade do poder punitivo do Estado, o qual foi a ele atribuído com exclusividade e em contraposição à justiça privada, estando inserido em conformidade com os princípios dispostos implícita ou expressamente na Constituição Federal. Propende, outrossim, conforme aponta o autor, concretizar os direitos e as garantias constitucionais estabelecidos pelo constituinte, bem como elidir condutas que prejudiquem os direitos fundamentais, sobretudo quando o Poder Estatal demonstre ser mais danoso.

A obtenção e a utilização de provas sem a observância dos fundamentos constitucionais, ainda, acarretará ofensa ao princípio do devido processo legal. Esse preceito, assim, deve reger em toda sua amplitude essa atividade, uma vez que esta poderá ser invasiva e restritiva dos direitos fundamentais sumamente relevantes. Mendes et al.³ asseveram com propriedade:

O devido processo legal atua, nesses casos, com dupla função: a de proibição de provas ilícitas e a de garantia da ampla defesa do acusado. Na solução dos casos concretos, há que se estar atento, portanto, para a ponderação entre ambas as garantias constitucionais. A regra da inadmissibilidade de provas ilícitas não deve preponderar quando possa suprimir o exercício da ampla defesa pelo acusado, sob pena de se produzir um verdadeiro paradoxo: a violação ao devido processo legal (ampla defesa) com fundamento de proteção do próprio devido processo legal (inadmissibilidade de provas ilícitas).

Não obstante, a realização de investigações criminais adentra legalmente na esfera dos direitos da pessoa investigada, de sorte que os sistemas e os recursos utilizados para as suas atividades de investigação sujeitam-se a controle consoante os demais atos processuais. Prado⁴ leciona que é necessário

esse controle, pois a atividade investigatória atinge o patrimônio moral do sujeito investigado, bem como a sua privacidade e de outras pessoas que, por ventura, possam ter qualquer relação com o investigado e com o delito. O autor justifica esse controle explicando:

É muitas vezes imprescindível que seja dessa maneira, pois a aquisição de informações demandará pesquisa a respeito da vida privada do investigado. As fronteiras entre o permitido e o proibido durante uma investigação criminal aparecem pois marcados por balizas tênues e não raro, em busca de maior eficiência, o investigador cede à tentação de violar determinadas normas jurídicas de proteção da intimidade e da vida privada do investigado.

Grinover et al.⁵ assinalam que, na seara do processo penal, é que avulta a liberdade do indivíduo, sendo que, aqui, é necessário colocar limites quanto à atividade probatória. Assim, para os doutrinadores, a dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume, freqüentemente, conotações mais fortes no juízo penal, sendo que o Estado é obrigado a sacrificar, na menor medida possível, os direitos de personalidade do acusado, transformando-se, em suas palavras, “na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas”. Ainda, propugnam que os direitos do homem não podem ser entendidos como absolutos, pois em face da restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, não pode nenhum deles ser utilizado de forma danosa à ordem pública e às liberdades alheias.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, trouxe uma série de direitos e de garantias fundamentais, visando à proteção do indivíduo. Inserida neste artigo, dentre outros de natureza processual, está a proibição da utilização das provas obtidas por meios ilícitos. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, assim, veda expressamente o uso da prova obtida ilicitamente nos processos judiciais, visando proteger direitos e garantias individuais assegurados constitucionalmente, como a intimidade, a vida privada e demais direitos da pessoa humana. Tovo et al.,⁶ com propriedade, quando comentam as alterações produzidas no processo penal em face da Constituição Federal de 1988, anotam:

Feliz o legislador constituinte ao se referir às provas obtidas por meios ilícitos e não às provas ilícitas, pois, se a ilicitude está na essência da prova, como no caso da prova forjada, não há necessidade da lei a ela se referir. Quer a “Lei Maior” se reportar, por exemplo, à carta amorosa do sedutor, obtida por meios despóticos ou fraudulentos. Tal prova, na essência, é lícita, mas foi obtida por meios ilícitos. Além disso, repudiada, sem

dúvida, a teoria que admite a prova ilícita violadora apenas do direito material e não do instrumental, caso em que seria ilegítima, sendo a mesma teoria. Quando os autores falam em prova ilícita querem se referir à prova obtida por meios ilícitos. Exemplos: a espionagem telefônica, acústica ou eletrônica, a fotografia obtida mediante devassa da intimidade. A Constituição de 1988 não transige com a ilicitude.

Nucci⁷ lembra que o conceito de ilícito advém do latim – *illicitus = il + licitus* – e possui dois sentidos. O primeiro sentido, mais restrito, significa o proibido por lei. O segundo sentido, sob o prisma mais amplo, é a contrariedade à moral, aos bons costumes e aos princípios de direito. Grinover et al.,⁸ por sua vez, assim conceituam prova ilícita:

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

Na visão de Avolio,⁹ a problemática das provas obtidas por meios ilícitos atrela-se às questões das liberdades públicas, em que estão assegurados os direitos e as garantias atinentes à intimidade, à liberdade e à dignidade humana. Não descuida o jurista da existência de normas de direito penal, civil e administrativo, em que se encontram definidas na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais, que podem ser contrapostos às exigências tais como de segurança social, de investigação criminal e de acerto da verdade. Grinover,¹⁰ por seu turno, aduz que, quando uma prova ilicitamente produzida for introduzida nos autos do processo penal, em última análise, estará sendo infringido o princípio constitucional de igualdade. Assim avalia a autora:

[...] quando uma prova ilícita é produzida no processo, está sendo infringido, em última análise, o princípio constitucional da igualdade; e se a própria Constituição estabelece que os direitos fundamentais somente podem ser limitados pela lei, e esta lei não existe, ou é infringida ao colher-se a prova, a própria prova acaba sendo inconstitucional e sujeita à sanção, que por isso a fulmina. A prova inconstitucional é atípica frente à Constituição, e para o processo penal é configurada como viciada de atipicidade derivada.

Oliveira¹¹ afirma que, no tocante ao tema da produção ilícita de provas, não se quer resguardar apenas a ética do processo judicial, mas, sobretudo, a violação dos direitos fundamentais que, em regra,

restam mais expostos nas diligências investigativas, tais como nos casos de violações a domicílio, de interceptações clandestinas, bem como de outras formas de tangenciamento da privacidade e da intimidade. Explica o autor que, por esta razão, a Constituição Federal ressalva expressamente a cláusula de jurisdição, impondo que algumas violações a liberdades públicas dependam de ordem judicial. Oportuno, aqui, transcrever a lição de Grinover et al.:¹²

A questão da denominada “prova ilícita” ubica-se, juridicamente, na investigação a respeito da relação entre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório e, sob o ponto de vista da política legislativa, na encruzilhada entre a busca da verdade em defesa da sociedade e o respeito dos direitos fundamentais que podem ver-se afetados por esta investigação.

A garantia da inadmissibilidade de provas ilícitas relaciona-se com outros direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, tais como, o direito à intimidade e à privacidade (artigo 5º, inciso X), o direito à imagem (artigo 5º, inciso X), o direito à inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, inciso XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (artigo 5º, inciso XII) e o direito ao sigilo profissional (artigo 5º, incisos XIII e XIV, *in fine*). Esta vedação, visando coibir práticas abusivas e ilegais na obtenção de prova, não é encontrada em outras Constituições brasileiras anteriores à Constituição Federal de 1988.

Para Grinover et al.,¹³ em virtude de a Constituição Federal considerar inadmissíveis as provas ilícitas, estas não podem ser consideradas provas, sendo, portanto elevadas à categoria da “inexistência jurídicas” e, assim, ineficazes.¹⁴ Os autores colocam a prova ilícita na categoria de “prova vedada”¹⁵, devendo, portanto, ser desentranhada dos autos em face de sua inadmissibilidade e não nulidade. Ainda, nas palavras de Fernandes:¹⁶

Exigência especial do direito à prova dimana de visão mais abrangente da atualidade, que nele inclui o “direito à prova legitimamente obtida ou produzida”. Em decorrência desse direito pode a parte exigir do juiz que não permita o ingresso ou a permanência nos autos de prova ilícita produzida pela parte contrária, ou, de maneira mais ampla, que haja a “exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes.

As limitações para a obtenção, produção e valoração das provas são principalmente dirigidas ao Estado, quando da persecução penal, com a finalidade de resguardar os direitos e garantias fundamentais dos

indivíduos. Verifica-se, outrossim, que a prova é vedada não apenas em relação ao meio escolhido para a sua produção, como também aos resultados que podem ser obtidos com a sua utilização. Assim, não basta analisar apenas a vedação quanto ao meio de prova, deve-se analisar se o seu resultado não viola direitos de outrem. Ainda, não sendo caso de violação de direitos, deve-se verificar se esta, analisando-se as circunstâncias do caso concreto, poderia ser autorizada.

A Constituição Federal de 1988, quando se refere à proibição de provas ilícitas, não pode ter sua interpretação restrita aos casos de sua obtenção por meios ilícitos, ou seja, pelo método de sua aquisição, introdução e avaliação. Quando da valoração dos elementos probatórios, o magistrado deve verificar quem pode provar e quais são os seus limites. De tal modo, o julgador, ao constatar a existência de um elemento de prova obtido ilicitamente, seja na perspectiva procedimental ou subjetiva, não deve se basear neste ao formar a sua convicção. Essas cautelas visam fundamentalmente coibir arbitrariedades, garantindo que a sua valoração na sentença penal, em especial a condenatória, não venha a ser prejudicada por uma atividade probatória imprópria.

Ainda, segundo Oliveira,¹⁷ as provas ilícitas harmonizam a relação processual, impedindo “a produção probatória irregular pelos agentes do Estado – normalmente os responsáveis pela prova –, equilibra a relação de forças relativamente à atividade instrutória desenvolvida pela defesa”. A doutrina distingue prova ilícita produzida pelo Estado e pelo particular.¹⁸ Mirabete,¹⁹ por sua vez, refere que a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é uma garantia individual contra o Estado. Nesse sentido, informam o Mendes et al.:²⁰

O fundamento encontrado na jurisprudência norte-americana, é que apenas o Estado (produtor da prova) seria o sujeito passivo do direito fundamental à não-produção no processo da prova obtida por meios ilícitos. A teleologia da norma constitucional, além da garantia de um substrato ético ao processo (*fair trial*), é o efeito dissuasório de inexistência de qualquer participação destas, a prova obtida pelo particular deveria ser *prima facie* admitida [grifo no original].

A proibição das provas ilícitas é uma regra, em princípio, direcionada ao Estado, para a proteção de direitos individuais que podem ser atingidos pela atividade investigatória. Desse modo, se for utilizada uma prova no processo sem a observância dos fundamentos constitucionais, ocorrerá ofensa ao princípio do devido processo legal. Ainda, tal vedação às provas obtidas ilicitamente visa tutelar os direitos

e as garantias individuais, bem como a idoneidade da prova acostada ao processo. Denota-se, portanto, que a garantia constitucional da vedação da utilização das provas ilícitas assegura à parte acusada no processo uma regularidade processual concernente com os ditames de um devido processo legal. Verifica-se, assim, que as provas ilícitas não podem ser admitidas no processo em face da proteção dos direitos fundamentais frente à violação de uma liberdade pública para a obtenção de qualquer prova.

Portanto, às funções estatais são impostos limites no intuito de evitar arbítrios, garantindo a liberdade individual e o bem-estar social. Para tanto, a vinculação dos sujeitos estatais à legalidade, bem como a observância, sobretudo dos direitos fundamentais, concretiza as diretrizes estabelecidas na Constituição Federal de 1988. Desse modo, a atividade investigatória, visto que adentra na esfera privada do indivíduo, necessita ser regida pelos fundamentos do Estado Democrático de Direito, bem como sujeita a controle de órgãos diversos daqueles que a realiza.

2 A REGULAMENTAÇÃO DA ILICITUDE DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: ALGUMAS QUESTÕES RELEVANTES

2.1 As provas ilícitas e das provas ilegítimas: distinção

O Código de Processo Penal Brasileiro, a partir do Título VIII, regulamentou a produção probatória, estabelecendo normas gerais e disciplinando meios específicos de prova, visando orientar o magistrado no seu convencimento. De forma não taxativa, o legislador elencou como meios de provas as perícias em geral, o interrogatório do acusado, a confissão, as perguntas ao ofendido, a oitiva das testemunhas, o reconhecimento de pessoas e coisas, a acareação, os documentos, os indícios e a busca e apreensão. Saliente-se que outros meios podem ser usados na obtenção de prova, desde que não “atendem contra a moralidade ou violentem o respeito à dignidade humana”.²¹ Assim, esses meios não nominados nas normas processuais podem ser usados, possuindo o mesmo valor probante, desde que não afrontem normas constitucionais e processuais.

A Lei nº 11.690/2008, de 9 de junho de 2008, procurando adequar o Código de Processo Penal à Constituição Federal de 1988, introduziu no artigo 157, *caput*, a proibição das provas ilícitas, dispondo que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas como as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” A prova ilícita, assim, é espécie de prova

ilegal, vedadas ou proibidas, as quais, se subdividem em provas ilícitas, provas ilegítimas e provas ilícitas por derivação. Ainda, há quem faça outra distinção: prova irregular, que consiste naquela colhida em descumprimento de formalidade legalmente exigida.

Em sentido contrário, entende Nucci²² que o ilícito é gênero e as espécies são o ilegalmente colhido e o ilegitimamente produzido. Saliencia que, havendo inversão, ou seja, as provas ilícitas sejam espécie de prova ilegal, a Constituição Federal apenas encontra-se vedando as provas produzidas com infligência a normas de cunho material, se descurando das provas obtidas por afronta a normas processuais, isto é, as provas obtidas por meio ilegítimos. Ainda para o referido doutrinador, com a nova redação do artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, em razão do legislador reformador não fazer distinção expressa, as provas ilícitas são aquelas produzidas com afronta à norma constitucional ou lei infraconstitucional, sendo de direito material ou processual. Refere o autor, assim, ser a prova ilícita um gênero, pois, conforme visto alhures, “o termo utilizado na Constituição Federal – significando o que é *contrário ao ordenamento jurídico*, contrário ao Direito de um modo geral, que envolve tanto o ilegal quanto o ilegítimo”. Mendonça,²³ no mesmo sentido, dispõe que, segundo a nova redação do artigo 157, são ilícitas tanto as provas que violem disposição de direito material quanto processual.

Para Avena,²⁴ não basta ser uma afronta/violação às normas de direito material para produzir uma ilicitude, devendo, para tanto, que a norma afrontada possua um “conteúdo material (assecuratório de direitos)” e que essa violação ocasione, direta ou indiretamente, ofensa à garantia ou a princípio constitucional. Então, para o autor, na leitura do dispositivo, deve-se entender como violação indireta à Constituição Federal aquela dirigida às normas “legais”, que afronte dispositivo de lei em que o seu conteúdo reflita uma garantia estatuída pela Constituição Federal.

As provas ilegítimas, por seu turno, são aquelas produzidas frente a uma violação de uma norma processual, sem afrontar direta ou indiretamente preceitos constitucionais. São normas que não possuem conotação constitucional, não podendo, portanto, serem declaradas inconstitucionais. Assim, as provas ilegítimas violam o direito processual quando de sua produção em juízo. As provas ilegítimas, ao contrário das ilícitas em que o vício é na obtenção da prova, podem ser viciadas tanto na obtenção quanto da produção das provas. Grinover et al.²⁵ assim sintetizam a diferenciação entre provas ilegítimas e ilegais:

Acompanhando essa terminologia, diz-se que a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida.

Segundo Oliveira,²⁶ a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas é pertinente à compreensão “do que sejam os momentos de *obtenção, introdução e produção e, ainda, de valoração da prova*. Quanto às consequências jurídicas, porém, não tem qualquer utilidade.” [grifo no original] As provas ilegítimas, ao contrário das provas ilícitas em que o critério para a sua utilização, seja em prol do réu ou da sociedade, não possui relação com o benefício do réu ou com a gravidade do crime. Como as provas ilegítimas constituem violação a normas de direito processual, geram nulidades por vício de procedimento. Assim, para a violação meramente processual satisfaz-se por meio da sanção erigida pela nulidade e pela ineficácia da decisão em que se fundarem os seus resultados.

Portanto, para verificar se a prova pode ou não ser aproveitada, deve-se analisar o caráter da nulidade constatada. Caso seja violada uma norma processual que ocasione nulidade absoluta, conforme as regras sobre nulidades processuais do processo penal, a prova não poderá ser utilizada. É, portanto, insanável. Contudo, caso a nulidade encontrada ser tida como relativa, ela deverá ser analisada à luz do caso concreto. Nesta última situação, se a nulidade não for arguida em tempo oportuno, precluindo, a prova pode ser utilizada pelas partes, havendo o saneamento da nulidade. No entanto, se a nulidade não sanada, caso arguida em tempo oportuno, uma vez declarada, não poderá ser utilizada pelas partes litigantes.

Neste contexto, é relevante sempre atentar para a distinção entre as provas ilícitas e as ilegítimas, pois as consequências advindas da introdução de cada uma delas nos autos do processo penal são distintas. Ainda, em que pese o legislador reformista ter estabelecido que as provas ilícitas são aquelas produzidas com afronta a regras constitucionais e legais, entende-se que as provas ilícitas são apenas aquelas que acarretam violação a normas constitucionais.

2.2 O ônus da prova e da faculdade de determinação de produção de provas *ex officio* pelo juiz

A palavra ônus provém do latim, *onus*, significando carga, fardo ou peso. Ônus da prova, portanto, é o

encargo conferido às partes processuais de provar, mediante meios lícitos e legítimos, a verdade de suas alegações, objetivando o convencimento do juiz. Cabe ressaltar que ônus não é uma obrigação processual, uma vez que a obrigação, ao ser descumprida, corresponde a uma sanção, pois esta é revestida do dever que tem a parte de praticar o ato. A prova, assim, é um ônus processual, pois as partes o fazem em seu benefício, visando provar a verdade de suas alegações.

Como lembra Aranha²⁷, ônus da prova “representa a necessidade de provar para ver reconhecida judicialmente a pretensão manifestada”, possuindo uma “alternatividade” em relação à produção da prova. Sendo assim, diferencia ônus da prova de obrigação:

Logo, o ônus oferece uma alternatividade ao dispor do titular que poderá atendê-lo ou não e na última hipótese sofrerá o prejuízo decorrente de sua inação ou negação, enquanto a obrigação é um mandamento legal pelo qual o obrigado não pode escolher entre cumpri-lo ou não.

Na esteira do entendimento de Nucci,²⁸ objetivamente, ônus da prova refere-se ao juiz, quando da formação de seu convencimento para a solução do feito, e, subjetivamente, o ônus da prova compreende o encargo atribuído às partes para demonstrar a veracidade das suas alegações. Em suas palavras:

[...] objetivamente, o ônus da prova diz respeito ao juiz, na formação do seu convencimento para decidir o feito, buscando atingir a certeza da materialidade e da autoria, de acordo com as provas produzidas. Caso permaneça em dúvida, o caminho, segundo a lei processual penal e as garantias constitucionais do processo é a absolvição. Subjetivamente, o ônus da prova liga-se ao encargo atribuído às partes para demonstrar a veracidade do que alegam, buscando convencer o julgador.

No ônus da prova, o adimplemento é facultativo, sendo que a parte que não o fizer é que suportará as consequências advindas de sua inércia. Dessa forma, as partes que arcam com o prejuízo na sua desídia na produção das provas. Consequentemente, a defesa, abstraindo-se de comprovar os fatos que lhe competem, poderá ter maior probabilidade de uma futura sentença condenatória. Não há contradição entre o ônus da prova – um ato facultativo – e a obrigatoriedade da defesa. A defesa, no processo penal, é uma obrigação processual, sujeitando o processo à arguição de nulidade processual na sua ausência. A produção da prova, por seu turno, é um ônus processual, não acarretando violação ao princípio da obrigatoriedade da defesa, quando não é realizada. Nas palavras de Aranha,²⁹ “defender-se ou

ser defendido é obrigação processual: produzir a prova é apenas um ônus”.

O Código de Processo Penal, no artigo 156, *caput*, primeira parte, alterado pela Lei 11.690/2008, dispõe que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.” Ou seja, a prova incumbe àquele que afirma determinado ato, fato ou circunstância, seja a acusação ou a defesa. Assim, a acusação deverá provar a existência do fato narrado na peça acusatória inicial e sua autoria, os elementos subjetivos de dolo ou culpa, a existência de agravantes e qualificadoras. À acusação cabe o ônus de provar os fatos constitutivos, isto é, a existência concreta do fato tipificado, bem como a sua realização pelo agente imputado na peça acusatória. A defesa, por sua vez, incumbirá a prova de eventuais excludentes de ilicitude, culpabilidade ou tipicidade, circunstâncias atenuantes, minorantes e privilegiadoras alegadas. Como bem explicam Gomes et al.:³⁰

Em verdade – repita-se – a prova do fato cabe a quem alega. Assim, cumpre à acusação a prova da tipicidade e de sua autoria, ou seja, dos fatos constitutivos. Ao réu, cabe a prova dos fatos extintivos (prescrição, decadência, por exemplo), dos fatos impeditivos (causas de exclusão de culpabilidade, v.g.) e dos fatos modificativos (por exemplo, as causas excludentes da ilicitude).

No tocante à possibilidade de determinação da produção de provas *ex officio* pelo juiz, o legislador faz uma ressalva ao ônus da prova. O artigo 156, segunda parte, incisos I e II, do Código de Processo Penal, com redação modificada pela Lei nº 11.690/2008, estabelece que o juiz poderá, de ofício, ordenar, inclusive antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, “observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”, assim como determinar, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. A produção antecipada de provas, portanto, é um procedimento incidente, de natureza cautelar, que é determinado pelo juiz.

Discute-se quanto à possibilidade de o juiz determinar a produção de provas antecipadamente *ex officio*, uma vez que a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema acusatório, caracterizado pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, tendo como característica primordial a imparcialidade do órgão julgador, com a polícia judiciária competindo a atividade investigatória, sob o controle do Ministério Público. Pela interpretação literal do dispositivo sob comento, pode-se perceber que o juiz é relegado à figura de investigado ou acusador, sob pena de ofensa ao sistema acusatório preconizado pelo legislador

constituente. Por outro lado, não pode o julgador ser um mero espectador diante dos atos processuais.

Deve-se, portanto, interpretar o inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal de forma a compatibilizar o sistema acusatório com o princípio da verdade real, uma vez que esta é a finalidade do processo penal. Gomes et al.³¹ entendem que podem ser buscadas provas, de ofício, pelo magistrado uma vez que, no processo penal, vigora o princípio da verdade real. Em suas palavras:

Portanto, a posição de inércia, mais freqüente no processo civil, onde vigora a máxima *ne procedat ex officio*, não se admite no âmbito criminal, isso porque, ao líder com um dos mais caros direitos da pessoa – o direito à liberdade – deve o Magistrado procurar adequar sua decisão não somente à prova apresentada pelas partes mas, além disso, suprimindo eventual omissão dos interessados, pesquisar os fatos, aproximando-os, o mais que possível da verdade real. Tudo, é evidente, com o cuidado e jamais assumindo a posição de parte, acusando ou defendendo. [...] [grifo no original].

Pondera o autor que a produção de ofício de outras provas, visando complementar a prova dos autos, deve ser feita com cautela, sob pena de ofensa à imparcialidade e, assim, assunção da função de acusador ou de defensor. Afirmo o doutrinador que a atuação do julgador deve ser supletiva, sendo apenas uma faculdade, pois quem tem a obrigatoriedade de produção de provas são as partes, que devem diligenciar aquelas que entenderem necessárias.

Nucci³² leciona que a atuação de ofício pelo juiz é decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Afirmo o autor que é em homenagem ao princípio da verdade real, que deve prevalecer no processo penal, que o juiz pode determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para a apuração do fato criminoso. Tal atuação não pode ser direcionada para beneficiar nem a acusação, tampouco a defesa, visando apenas a apuração da verdade. Finaliza o autor consignando que o princípio do impulso oficial, por sua vez, está presente no processo, propiciando que o juiz provoque o andamento do feito até a decisão final.

Eberhardt,³³ por seu turno, diverge da nova redação do artigo sob comento, uma vez que conferir poderes instrutórios ao juiz desnaturaliza o sistema acusatório, sendo que a reforma evidenciou um retrocesso, pois “confiou-se na imparcialidade do julgador em troca de celeridade processual, perdendo-se a chance de retirar do juiz de uma vez por todas a crença na verdade real”. O autor tece críticas ao legislador reformista:

Há o primado da hipótese sobre o fato, o que nitidamente faz valer a vontade do juiz perseguidor. O magistrado – como se responsável pela segurança pública fosse e respondendo aos anseios midiáticos – atropela a Constituição Federal, auxiliando o Ministério Público na tarefa acusatória, utilizando-se mais tarde – para a condenação – da prova que ele mesmo determinou porque estava a perseguir aquele resultado. Como seria possível, então, autorizar o magistrado a determinar, de ofício, provas ainda no curso da investigação sem que mais tarde este sujeito processual (humano) deixasse de se contaminar por elas? Como garantir que o magistrado atue apenas quando necessário? A sua (simples) atuação de ofício já seria um ato de total violência a um processo de partes.

Mendonça³⁴ opina no sentido de ter sido acertada a decisão do legislador em permitir a produção antecipada de provas de ofício pelo juiz, uma vez que este deve buscar a verdade real. Mas reputa inconstitucional a autorização atribuída ao julgador para, de ofício, determinar a produção de provas antes de iniciada a ação penal. Uma vez que não há acusação formal formada, o juiz, segundo o autor, violando aos princípios da inércia e do devido processo legal, atuaria como “verdadeiro juiz inquisidor”. *In verbis*:

[...] E, se o juiz determinar de ofício a produção antecipada de provas, antes mesmo do início da ação penal, estaria formulando um juízo antecipado sobre a *opinio delicti*, usurpando atribuições que são constitucionalmente asseguradas ao Ministério Público, na ação penal pública. Ademais, seria impossível ao magistrado coletar a prova sem que antes estivesse delimitado o *thema probandum*, que somente se saberá com o oferecimento da denúncia. [...] [grifo no original].

Na visão de Gomes et al.,³⁵ criticando a nova redação do artigo 156 do Código de Processo Penal, o julgador, ao ordenar a produção antecipada de provas antes de iniciada a ação penal, transforma-se em delegado de polícia e promotor de justiça. Eberhardt³⁶, ao seu turno, lembra que não há incidente processual penal referente à produção antecipada de provas antes de iniciada a ação penal. Assim explica o autor:

Ainda, a produção antecipada de provas mesmo antes da ação penal – objeto explícito do texto do art. 156, I, do Código de Processo Penal – é uma desconhecida como incidente processual penal, deixando a própria disposição legal sem aplicação prática. Não se pode aceitar, aqui, simplesmente, a aplicação analógica da produção antecipada de provas do Código de Processo Civil. A prova antecipada tem como característica a presença do juiz na realização do ato.

Embora o inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal determine que possa ser realizada a produção antecipada de provas antes de ser iniciada a ação penal, contudo, se entende necessária a presença de procedimento já começado. Nesse sentido, entende Mendonça:³⁷

Por todos estes motivos, entendemos que o magistrado somente pode determinar a produção antecipada de provas no curso do processo. Fora disso, ou seja, antes de iniciada a ação penal, não pode fazê-lo de ofício. Somente poderá agir a partir de requerimento do Ministério Público ou do ofendido (na ação privada), do investigado (testemunha que é álibi do investigado e que está em risco de morte, por exemplo), ou, ainda, de representação da autoridade policial.

No entendimento de Nucci:³⁸

[...] Não tendo sido iniciada a ação penal, pode até mesmo não ter ocorrido, ainda, o formal indiciamento. Por isso, parece-nos fundamental que o juiz indique um defensor público para acompanhar a produção da prova. Se houver alguém indiciado, deve ser intimado para a produção da prova, devendo comparecer acompanhado de advogado. [...]

Alguns autores,³⁹ ao abordarem a impossibilidade da produção antecipada de provas pelo julgador, citam o precedente do Supremo Tribunal Federal, ADI 1570-2.⁴⁰ Trata-se de ação de inconstitucionalidade proposta em razão do artigo 3º da Lei 9.034/95,⁴¹ de combate ao crime organizado, na parte em que atribuía ao magistrado a possibilidade de, *sponte propria*, realizar diligência que redundasse em acesso a dados de natureza fiscal e eleitoral. Na decisão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de seus Ministros, julgou procedente em parte o pedido entendendo que, no que concerne aos dados, documentos e informações fiscais e eleitorais, a coleta pessoal de provas pelo juiz desvirtua sua função de julgador, comprometendo, assim, sua imparcialidade no exercício da prestação jurisdicional, ofendendo o princípio do devido processo legal.⁴²

Em que pese opiniões contrárias, a produção antecipada de provas *ex officio* é uma ordem em caráter excepcional, visando a elucidação de crimes graves, bem como de grave perturbação social. Não é, portanto, a regra a produção antecipada de provas, pessoalmente, pelo juiz. Para a produção antecipada de provas, conforme o inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, é necessária a presença dos pressupostos de relevância – *fumus boni iuris* – e urgência – *periculum in mora*. Por relevância, entende-se a pertinência, em relação ao processo já

instaurado ou futuro, e a importância da prova para o convencimento do julgador. No caso de produção antecipada de prova antes de iniciado o curso da ação penal, conforme lembra Mendonça,⁴³ “deverá o magistrado analisar, ainda, outro requisito, qual seja a viabilidade de um processo futuro”. Assim, deve ser constatada “fumaça” de um crime que venha a ensejar uma futura ação penal. Exemplifica o autor:

[...] Por exemplo, caso se verifique que o fato é *manifestamente* atípico ou que já está extinta a punibilidade, sequer haverá cabimento em falar em prova antecipada. Obviamente, a análise da viabilidade deve ser em cognição superficial, não profunda, como é típico das medidas de urgência. Se houver dúvida sobre a tipicidade ou punibilidade, por exemplo, deve ser deferida a medida. [...] [grifo no original].

Ainda, a urgência se refere ao risco de a prova vir a desaparecer, sendo, portanto, caracterizada pelo *periculum in mora*. Conforme Nucci,⁴⁴ urgentes são as provas que precisam ser produzidas de imediato, sob pena de se perder total ou parcialmente. Para o autor, relevantes são aquelas que trazem em si grande valor para a apuração da verdade real no processo, sendo, portanto, estas duas condições indispensáveis para a investigação da causa.

Para a aplicação desses dois requisitos, é mister que o julgador observe a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, ou seja, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo. A necessidade refere-se à circunstância de que a medida deve ser a menos gravosa a outros bens e princípios jurídicos entre as medidas possíveis para alcançar a verdade real. Portanto, por necessidade entende-se a excepcionalidade e o *periculum in mora*, uma vez que pode se tornar excessiva a disposição da produção antecipada de provas, *ex officio*, pelo magistrado quando houver, à sua disposição, mecanismos igualmente eficazes e menos danosos.

A adequação, segundo aspecto do princípio da proporcionalidade, refere que o magistrado deve verificar a pertinência da prova no processo penal, sendo a medida apta, própria, útil e suficiente para alcançar a sua finalidade. Assim, as circunstâncias objetivas do caso concreto deverão confirmar a urgência para a produção probatória antecipada, sob pena de, após um determinado momento, se mostrar ineficaz. A proporcionalidade em sentido estrito refere que o magistrado deve sopesar os valores protegidos de igual forma, verificando qual deles deve prevalecer. Confere-se que as vantagens da medida devem prevalecer sobre as desvantagens da prova proferida em dado momento processual ou fora do processo.

A produção antecipada de provas pelo magistrado, na linha do raciocínio adotado neste estudo, depois de ajuizada a ação penal, mas antes de iniciada a fase probatória, não encontra óbices. Há situações previstas no Código de Processo Penal que assim determinam, como, por exemplo, o artigo 149, § 2º, possibilitando a realização de diligências probatórias no período em que o processo criminal estiver suspenso por força de instauração de incidente de insanidade mental; o artigo 225, dispondo que, “se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento”; e o artigo 366, *caput*, facultando a produção antecipada das provas consideradas urgentes na hipótese de suspensão do processo ao réu que, citado por edital, não tenha comparecido ou constituído defensor.

O inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal permite que o juiz possa, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, realizar diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Conforme exposto anteriormente, seguindo a mesma argumentação exposta para a produção antecipada de provas pelo magistrado, em especial sob o fundamento do princípio da busca da verdade real, é possível a defesa de que tal dispositivo pode ser aplicado também durante a instrução processual penal.

Há julgados na seara do Supremo Tribunal Federal,⁴⁵ entendendo que a produção antecipada de provas é necessária sempre que o transcurso do tempo possa afetar a aferição da verdade real. Por sua vez, decidiu o Superior Tribunal de Justiça⁴⁶ que a produção de provas, sendo uma garantia constitucional, pode ser determinada pelo magistrado, de ofício, quando julgar necessário, em face da busca da verdade real.

Nesse contexto, em que pese opiniões contrárias, interpretando-se restritivamente a regra, deve-se considerar que a produção antecipada de provas é medida de natureza cautelar, exigindo, por isso, a presença do *fumus boni iuris*, ou seja, a prova da materialidade do crime ou da existência de indícios razoáveis. Ainda, é necessário que haja o *periculum in mora*, representado pela relevância e urgência, que podem ser configuradas pela importância da prova na busca da verdade real e na probabilidade de que os acontecimentos sejam encobertos, gerando prejuízos para o justo deslinde da lide, caso não seja a prova realizada imediatamente. Deverá, não obstante, o juiz fundamentar a sua decisão, como uma forma de aferição de sua legalidade.

2.3 As provas ilícitas por derivação

Provas ilícitas por derivação são provas que, não obstante serem lícitas, decorrem exclusivamente de outra prova considerada ilícita ou ilegítima, que as contaminam, portanto. De tal forma, se a prova ilícita comprometer o exercício dos direitos e das garantias insculpidos na Constituição Federal, tais como o direito à vida, à integridade física e à privacidade, essa ilicitude contaminará as provas que dela provenham, sendo, desse modo, inadmissíveis nos autos do processo.

Fernandes⁴⁷ explana que admitir o uso da prova derivada consistiria em aceitar a violação de direitos fundamentais da pessoa humana. Assim comenta o autor:

Há orientação no sentido da inadmissibilidade da prova derivada e que leva em conta precipuamente o resguardo da pessoa humana e a unidade do ordenamento jurídico. Sua aceitação constituiria estímulo à violação de direitos fundamentais da pessoa humana. Funda-se na teoria dos frutos da árvore envenenada da Suprema Corte Americana e que, entre nós, tem razoável aceitação.

A prova derivada ou prova contaminada, sendo chamada por Giacomolli⁴⁸ como “efeito expansivo da ilicitude ou prova reflexa”, não possui aceitação no sistema jurídico pátrio, uma vez que se utiliza a teoria dos frutos da árvore envenenada. A doutrina do *fruits of the poisonous tree* consiste na vedação da utilização de provas lícitas que derivam de uma prova obtida ilicitamente. Ou melhor, uma prova obtida por procedimentos ilegais “contaminaria” todas as outras provas que dela resultassem. Essa teoria teve origem na Suprema Corte Americana com o julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, em 1920, em que se decidiu que uma pessoa não poderia ser intimada pelo Estado a entregar documentos, cuja existência teria sido descoberta mediante meios ilícitos.⁴⁹ O objetivo é evitar o uso indireto de uma prova ilicitamente obtida, uma vez que seria incompatível retirar dos autos a prova tida como ilícita e, ao mesmo tempo, utilizar-se das provas obtidas por meio de informações desta.

A teoria dos frutos da árvore envenenada pressupõe determinados requisitos, como lembra Goulart:⁵⁰ “(a) a realização de uma prova ilícita; (b) o descobrimento de novas provas, tendo em vista a ilegalidade praticada; (c) o nexo causal entre a ilicitude e o novo elemento de prova.” A autora lembra que, quanto ao último pressuposto, “o vínculo deve ser estreito, de forma que a prova derivada tenha sido descoberta unicamente em razão da ilegalidade praticada”. E, prossegue, “essa análise deve ser feita caso a caso e, se ficar demonstrada

a dependência entre as provas, haverá contaminação e retirada dos autos”. Ao discorrer sobre o assunto, Rangel⁵¹ refere:

Entendemos que a admissibilidade da prova ilícita por derivação acarretaria uma violação do disposto no art. 5º, LVI da Constituição Federal, que explicitamente vedou, a princípio, que o Estado, através de seus organismos policiais, violasse a ordem legal na busca de provas, constituindo-se, assim, na resposta do legislador prevenindo e combatendo a arbitrariedade do próprio Estado e delimitando a atuação deste na sua atividade persecutória.

Conforme observa Oliveira,⁵² casos os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer visando a obtenção de novas provas, que só poderiam ser obtidas mediante a prova ilícita, a ilicitude da conduta seria contornada. Assim, explica, que se observando as regras para a obtenção da segunda prova, ou seja, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, seria legalizada a ilicitude da primeira obtenção probatória. Nesse sentir, a regra da inadmissibilidade da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente. Pondera o autor, no entanto, que não é sempre que se estiver diante de uma prova ilícita, as decorrentes serão assim consideradas. Deve-se, desse modo, avaliar o caso concreto. O citado doutrinador defende que, no caso de prevalecer o entendimento de que toda a prova derivada da ilícita também assim o seja, facilitaria o agente do fato delituoso furtar-se da ação da persecução penal. Explica que bastaria ele criar uma situação de ilicitude, tal como a violação de domicílio, na obtenção da prova do fato. Prossegue o autor:

Impõe-se, portanto, para uma adequada tutela *também* dos direitos individuais que são atingidos pelas ações criminosas, a adoção de critérios orientados por uma ponderação de cada interesse envolvido no caso concreto, para se saber se *toda* a atuação estatal investigatória estaria contaminada, *sempre*, por determinada prova ilícita. Pode-se e deve-se recorrer, ainda mais uma vez, ao critério da *razoabilidade* (ou proporcionalidade, que, ao fim e ao cabo, tem o mesmo destino: a ponderação de bens e/ou o juízo de *adequabilidade* da norma de direito ao caso concreto). [grifo no original]

Como bem lembra Avena⁵³, anteriormente às alterações introduzidas pela Lei 11.690/2008, a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada fundamentava-se na regra do artigo 573, §1º, do Código

de Processo Penal, que “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”. Assim, a ilicitude reconhecida causa a ilicitude das provas diretamente decorrentes destas.

A reforma processual penal incorporou ao texto do Código de Processo Penal a teoria dos frutos da árvore envenenada que já vinha sendo aceita pelos tribunais e por grande parte da doutrina.⁵⁴ Estabelece o § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal que “são 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” e, no § 2º do mesmo artigo, referindo que “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”. Giacomolli,⁵⁵ comentando acerca das alterações recentes, disserta:

O legislador partiu da premissa de que as provas ilícitas são inadmissíveis, inclusive as lícitas, reflexo da vulneração das regras legais e constitucionais, em razão da contaminação. Sua admissibilidade foi aceita em duas hipóteses, excluindo-se as demais e as outras linhas de interpretação, inclusive a da proporcionalidade. Isso porque se trata de admitir uma prova derivada incriminadora, cuja interpretação, na esfera criminal, nessas situações, é restritiva.

O Supremo Tribunal Federal,⁵⁶ ao utilizar-se da teoria da árvore dos frutos envenenados, reconhece a existência de provas independentes da prova considerada ilícita, sendo, assim, consideradas lícitas. As provas autônomas (*independent source*) e em descobertas inevitáveis (*inevitable discovery*), portanto, são exceções da proibição da prova ilícita. Assim, verifica-se que a teoria dos frutos da árvore envenenada vem sendo mitigada em determinados casos, visando evitar a impunidade, pois, muitas vezes, a persecução penal resta prejudicada face à presença de elementos probatórios iniciais advindos de meios ilícitos. De tal modo, em determinados julgamentos, como forma de exceção à doutrina, admitiu-se, portanto, as provas legalmente obtidas em razão da ilegalmente colhida. Grinover et al.⁵⁷ lembram que:

No entanto, é preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional; excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre

umas e 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. Fala-se, no primeiro caso, em *'independent source'*, e, no segundo, na *'inevitable discovery'*. Isto significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo [grifo no original].

Neste diapasão, a teoria da fonte independente, portanto, foi expressamente adotada pelos §§1º e 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal, dispondo serem válidas as provas que não decorrem diretamente da prova obtida ilicitamente, ou seja, que não possui qualquer nexo de causalidade com a prova ilícita que a precedeu. A teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery*), adotada pela Alemanha, por sua vez, embora compatível com o ordenamento jurídico pátrio, não foi por ele adotada expressamente. Baltazar Junior⁵⁸ explica, com propriedade, a origem da teoria da descoberta inevitável:

[...] A teoria em questão, que tem origem no caso *Nix v. Williams*, julgado pela Suprema Corte Americana, em 1984, permite o uso de prova obtida inconstitucionalmente, se, hipoteticamente, a polícia tivesse “inevitavelmente” a prova mesmo que a busca ilegal não tivesse ocorrido. A teoria foi adotada pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix v. Williams*. No caso, o acusado do homicídio de uma menina de dez anos acabou por se dispor a revelar a localização do corpo enquanto era conduzido, preso, em um automóvel, por policiais, sem que estivesse sendo ouvido formalmente, ou seja, acompanhado de advogado e advertido de seus direitos. a esse tempo, como havia indícios no local onde estaria o corpo, mais de duzentos voluntários estava já empenhados na busca em local próximo, daí ter o Tribunal concluído que a prova seria produzida inevitavelmente, independentemente do auxílio do réu.

As provas derivadas, com as inovações produzidas pela Lei n. 11.719/2008, consolidando o que anteriormente já defendiam a doutrina e a jurisprudência, passaram a ser previstas formalmente pelo sistema legislativo processual penal. No entanto, tal regra não é absoluta, comportando exceções quando as provas advindas das provas ilícitas forem produzidas mediante uma fonte independente. A teoria dos frutos da árvore envenenada, utilizada quando do estudo e da aplicação das provas derivadas, revela-se, neste ponto, uma contraposição ao princípio da proporcionalidade, na medida em que este último é mais flexível em relação às circunstâncias do caso concreto.

2.4 A utilização da prova ilícita e do princípio da proporcionalidade

A vedação constitucional da utilização processual das provas ilícitas é atenuada pelo chamado princípio da proporcionalidade. Insta observar, no entanto, que proporcionalidade e razoabilidade para alguns autores e até mesmo jurisprudência pátrias são tratadas como sinônimos, podendo, segundo informa Novelino,⁵⁹ variar de acordo com a influência do autor, com base no direito anglo-saxão – razoabilidade e no direito germânico – proporcionalidade. No princípio da proporcionalidade, diante da análise do caso concreto, sopesam-se valores juridicamente tutelados para a admissibilidade ou não de provas obtidas ilicitamente.

À luz desse preceito, em determinados casos concretos, admite-se a utilização da prova ilícita, em razão da relevância do interesse público a ser preservado e protegido. O objetivo primordial é estabelecer um equilíbrio entre os valores fundamentais conflitantes, havendo uma ponderação dos direitos e bens jurídicos postos em conflito, conforme o peso que é conferido ao bem na respectiva situação.

Analisando o princípio da proporcionalidade como meio de solucionar eventual colisão de direitos fundamentais, sendo esse o seu campo maior de atuação, Steinmentz⁶⁰ sustenta que a proporcionalidade é usada para situações em que preceitos insculpidos da Constituição Federal estão em conflito na prática jurídica. Para o autor:

Tratando-se, no caso concreto, de uma colisão de normas constitucionais, normas de mesma hierarquia, ambas válidas, a decisão normativa final, legislativa ou judicial, deverá atender ao imperativo da otimização e da harmonização dos direitos que elas conferem, observando-se os postulados da unidade da Constituição e da concordância prática. [...] a ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito, o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão.

Bergmann⁶¹ explica que essa teoria constitui uma exceção ao preceito constitucional insculpido no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal. Para o autor, a teoria “reúne na visão constitucional a ilicitude material e a inadmissibilidade processual da prova e, a despeito da violação constitucional, admite a prova ilícita para corrigir possíveis distorções ou para evitar resultados desproporcionais, injustos e até repugnantes.” Além disso, apesar de o princípio reconhecer a inconstitucionalidade dessas provas, permite ao magistrado admitir a prova ilícita “sacrificando algum

valor insculpido na Constituição, para acolher o caminho mais justo e buscar o apanágio da justiça”, frente à necessidade de manter-se o equilíbrio entre os valores fundamentais.

Oliveira⁶² afirma que, diante de eventuais conflitos entre valores igualmente tutelados pelo legislador constituinte, deve ser utilizado, na busca de uma solução plausível, um juízo de proporcionalidade, sendo este orientado pela proteção da vedação do excesso e da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Sustenta o autor:

Essa realidade decorre do fato de vivermos em uma sociedade plural, isto é, em que vários são os interesses individuais e dos grupos que compõem a comunidade jurídica. Assim, a tutela de uma pluralidade de interesses somente pode ocorrer no plano *abstrato*, ou seja, no plano normativo. Quando a realidade demonstrar a possibilidade de eventuais conflitos entre valores igualmente protegidos na Constituição, somente um juízo de proporcionalidade na interpretação do Direito, orientado pela vedação do excesso e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, é que poderá oferecer soluções plausíveis [grifo no original].

Contudo, para que o princípio da proporcionalidade atinja a sua efetiva finalidade, é necessário que sejam observados três elementos que conduzem à composição do princípio: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade *stricto sensu*. Mister salientar que esses subprincípios devem ser analisados de maneira seqüencial e subsidiária, sendo que a violação a apenas um deles acarreta a violação do princípio da proporcionalidade. Alexy,⁶³ ao analisar a teoria dos direitos fundamentais, afirmando serem os princípios normas que ordenam algo a ser realizado dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, afere:

[...] Uma das teses centrais da “Teoria dos Direitos Fundamentais” é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – as máximas de adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –, e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais. Essa equivalência significa que as três máximas parciais da máxima da proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por “otimização” na teoria dos princípios [...].

Nessa seara, o meio de prova será necessário quando não houver outra forma igualmente eficaz para demonstrar a verdade dos fatos alegados. A necessidade, assim, traduz-se na opção em favor do meio que menos afete os interesses e as liberdades garantidas pelo

legislador pátrio. Será adequado quando, mediante a sua utilização, pode-se atingir ao resultado almejado, ou seja, quando há uma relação de pertinência entre os meios escolhidos e os fins colimados. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito designa que a restrição deve-se fundar na necessidade legítima que justifique a limitação, restrição ou suspensão de direitos – implica, assim, a justa medida dos atos.⁶⁴ Portanto, esse último subprincípio decorre da possibilidade de que os meios possam ser considerados idôneos para a consecução do fim almejado, contudo desproporcionais ao benefício auferido. Moreira,⁶⁵ aludindo-se ao princípio da proporcionalidade, assim aduz:

[...] Cabe verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites determinados pela necessidade; ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, ou se a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar se, dos dois males, se escolheu realmente o menor.

A proporcionalidade, desse modo, deve-se amparar no bem juridicamente protegido e nas suas circunstâncias, na relação entre os meios e os fins e finalmente na necessidade do uso da prova, que deve ser legítima para justificar a limitação, a restrição ou a suspensão dos direitos. Para tanto, a análise do caso concreto deve ser global e ponderada para aplicar o princípio da proporcionalidade. Daí pode-se concluir que a relação entre o princípio da proporcionalidade e a prova ilícita assenta-se na aceitabilidade dessa pelo magistrado, uma vez que poderá ser a única prova mediante a qual possam ser efetivamente protegidos certos direitos do indivíduo por meio do processo. No entanto, mesmo em qualquer hipótese, deve-se sempre se ater que a inadmissibilidade da utilização das provas ilícitas no processo é preceito constitucional, devendo ser observado tanto pelas partes quanto pelo Estado no desenvolver da atividade probatória, em prol de um bem da vida juridicamente mais relevante.

A doutrina⁶⁶ sustenta, em relação à utilização da teoria proporcionalidade, a questão prejudicial mais importante é a falta de segurança jurídica que ela poderia proporcionar, uma vez que a aplicação desse princípio estaria eivada pelo caráter subjetivo do julgamento que o magistrado irá fazer no momento da sua aplicação no caso concreto. Assim, para alguns doutrinadores, não parece ser essa a conduta mais adequada do Estado, pois deixa a critério do juiz decidir no caso concreto qual o interesse que deve preponderar – o que, além de ferir vários princípios constitucionais, poderia colocá-

los em risco. No entanto, tal alegação de insegurança jurídica, pode ser atenuada com a aplicação do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, que dispõe que todas as decisões do julgamento devem ser fundamentadas.

Em conclusão, em face de não existirem direitos e garantias absolutos, também não há relevância preestabelecida pelo legislador, no caso de colisão. O texto constitucional não admite qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Neste contexto, referida regra da ilicitude não pode ser considerada absoluta, porque nenhuma regra ou princípio constitucional é absoluto, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, será necessário o confronto entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito. Deve-se, portanto, ponderar os valores e verificar o que possui maior relevância no caso concreto.

3 O USO DA PROVA OBTIDA POR MEIOS ILÍCITOS EM PROL DO RÉU

Para assegurar o direito de ampla defesa do acusado, a doutrina e a jurisprudência majoritária admitem a prova obtida ilicitamente *pro reo*, no intuito de buscar provas da sua inocência no processo penal. Para esta corrente, não se censura a prova que tem a finalidade de salvaguardar um interesse legítimo do réu, qual seja, a obtenção de seu direito fundamental de liberdade. Lopes Jr.,⁶⁷ ao tratar da proporcionalidade *pro reo*, refere que “a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência)”.

Não se pode condenar alguém que foi verificada, mesmo que mediante meios contrários à norma jurídica, a sua inocência. Nas palavras de Oliveira,⁶⁸ o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui “em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular”, sendo que tal violação de direitos, em busca da prova de sua inocência, poderá ser considerada um estado de necessidade, excludente de ilicitude. Refere o autor que o ingresso de provas obtidas por meios ilícitos é autorizado pela ampla defesa, podendo ser obtida pelo próprio réu ou por terceiros, mesmo sem o seu conhecimento. Ressalta, ainda, que mesmo sem a existência da necessidade da prova, quando, por exemplo, não for iniciada a persecução penal, poderá ser admitida posteriormente no processo, em favor do acusado.

Mendes et al.,⁶⁹ com propriedade, ponderam que o devido processo legal opera de duas formas,

quais sejam, a de proibição da utilização de provas ilícitas e a de garantia da ampla defesa do acusado, devendo, para tanto, no caso concreto, serem realizadas ponderações dessas garantias constitucionais. Assim, referem os autores que a inadmissibilidade de provas obtidas ilicitamente não pode preponderar quando houver supressão do exercício da ampla defesa pelo acusado, em suas palavras, “sob pena de se produzir um verdadeiro paradoxo: a violação ao devido processo legal (ampla defesa) com fundamento de proteção do próprio devido processo legal (inadmissibilidade de provas ilícitas)”.

Grinover et al.⁷⁰ admitem a utilização da prova favorável ao acusado, mesmo que esta for obtida infringindo direitos fundamentais seu ou de terceiros. Para os doutrinadores, trata-se de “aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio *favor rei*”. Ainda, observam que esta prova, aparentemente ilícita, quando obtida pelo próprio acusado, tem sua ilicitude eliminada por causas legais como a legítima defesa, excluindo a antijuridicidade. No mesmo sentido da doutrina anteriormente esboçada, assevera Moraes:⁷¹

Note-se que não se trata do acolhimento de provas ilícitas em desfavor dos acusados e, conseqüentemente, em desrespeito ao art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. O que ocorre na hipótese é a *ausência de ilicitude* dessa prova, vez que aqueles que a produziram agiram em *legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais*, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas anteriormente ilícitas. Assim agindo – em *legítima defesa* – a ilicitude na colheita da prova é afastada, não incidindo, portanto, o inciso LVI, do art. 5º, da Carta Magna [grifo no original].

A jurisprudência majoritária⁷² também admite a prova ilícita produzida pelo réu quando for a única forma de sustentar a sua inocência, configurando, desse modo, estado de necessidade ou legítima defesa, excluindo a ilicitude do ato. No mesmo sentido, leciona Oliveira⁷³ afirmando que a vedação da prova obtida por meios ilícitos consiste num controle da atuação estatal quando investida da atividade persecutória, inibindo e desestimulando práticas probatórias contrárias à lei. Para o autor, portanto, existe uma finalidade pedagógica.

Outra questão importante a ser abordada é se uma prova em que foi baseada a absolvição do inocente pode ser utilizada contra terceiro. A prova ilícita utilizada para favorecer o réu não será considerada lícita, possibilitando a sua utilização em outras

ocasiões. Lopes Jr.,⁷⁴ ao abordar tal questionamento, se posiciona no sentido de que não poderá ser utilizada a prova para condenar terceiro, pois essa prova continua revestida com a ilicitude, sendo apenas admitida, excepcionalmente, num determinado processo e *pro reo*. Não há, portanto, uma convalidação da prova, não podendo ser empregada em outro processo visando a condenação de alguém, terceiro no processo originário. Se assim o for, por via indireta, seria a admissão de prova ilícita contra o réu, o que é rechaçado pelo autor.

3.1 O desentranhamento das provas obtidas por meios ilícitos

Conforme se observa da redação do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, o legislador constituinte apenas estabeleceu que são inadmissíveis as provas ilícitas, não definindo, no entanto, a consequência advinda da introdução no processo das provas obtidas por meio ilícitos. O legislador ordinário, por sua vez, na reforma produzida pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, disciplinou a questão. Os efeitos acarretados pelo ingresso das provas ilegais nos autos são de suma relevância uma vez que violam normas de garantia dos cidadãos, bem como de garantia de um devido processo legal, visando a regular tramitação processual, a imparcialidade do juiz e a justiça das decisões. Assim, o que se pretende evitar é que as provas produzidas ilicitamente sejam juntadas ao processo e, conseqüentemente, valoradas pelo magistrado.

A Lei nº 11.690/2008 estabelece que as provas ilícitas deverão ser desentranhadas dos autos e que, preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultando-se às partes acompanhar o incidente, conforme determina o *caput* e o § 3º do artigo 157 do Código de Processo Penal. A reforma processual trouxe, desse modo, a possibilidade de ser proferida uma decisão acerca da prova ilícita juntada aos autos, anteriormente à fase sentencial. Quanto ao tempo de alegação, por ser a ilicitude afronta direta ou indireta da Constituição Federal, a exemplo das nulidades absolutas, não há prazo para a sua arguição, podendo, inclusive, ser feita na fase recursal ou após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ainda, poderá ser a prova declarada ilícita *ex officio* ou por provocação de qualquer das partes.

Grinover et al.,⁷⁵ conforme visto anteriormente, sustentam que, por ser a prova ilícita inadmissível, esta sequer assume status de prova, sendo, portanto, uma não-prova, fazendo parte da categoria da inexistência jurídica e uma sentença baseada nesta prova não seria nula, mas inexistente. Neste sentido, sendo a prova

inadmissível, ela não poderá fazer parte do processo, devendo ser desentranhada dos autos por ser inexistente. Por fim, ressalvam que deverão ser desentranhados os atos processuais que levaram essa não-prova em consideração, por também serem considerados como inexistentes. Esse também é o pensamento de Avolio⁷⁶:

A consequência da inexistência jurídica consiste em que o ato, carecendo dos elementos que o caracterizam como ato processual, é ineficaz desde a sua origem. As provas ilícitas, portanto, devem ser consideradas como inexistentes e totalmente ineficazes, retroagindo a sua ineficácia ao momento do seu nascedouro.

No magistério deste último autor, a prova obtida ilicitamente não surtirá implicações em nenhuma fase processual. Assim, sendo a prova tida como inexistente, mesmo que o magistrado esteja convencido que os fatos sejam relevantes, não poderá ter referência alguma na fundamentação, uma vez que o princípio da persuasão racional obriga-o a motivar as suas decisões em provas existentes no processo.

Embora em edição anterior à reforma processual penal, merece destaque a posição de Fernandes,⁷⁷ quando ressalta que uma vez sendo a prova ilícita a única capaz de evitar uma condenação injusta não deveria o julgador determinar o seu desentranhamento. Para o autor, aplica-se o princípio da proporcionalidade, posto que sem essa prova o réu seria condenado. Como adverte Baltazar Junior,⁷⁸ a reforma processual penal não estabeleceu disciplina acerca da prova ilícita a favor da defesa, admitida pela doutrina majoritária, ao argumento de que sua obtenção se dá em legítima defesa ou estado de necessidade. Refere, ainda, a aplicação analógica do parágrafo único do artigo 233 do Código de Processo Penal, que permite que sejam utilizadas em juízo as cartas pelo destinatário para fins de defesa de seu direito, mesmo que não haja consentimento do signatário.

De igual forma, Mendonça⁷⁹ aludi que a doutrina majoritária admite a admissibilidade da prova ilícita *pro reo* para a comprovação de sua inocência e, ao tratar do desentranhamento da prova ilícita, refere que esta será desentranhada, “independentemente da demonstração de qualquer prejuízo”, sendo que este é presumido de forma absoluta pelo legislador. Como visto, não houve abordagem acerca da admissibilidade de prova ilícita a favor do acusado e a determinação legal de desentranhamento, sendo que, por vezes, os estudiosos do Direito, tal como Gomes,⁸⁰ apenas afirmam que toda a prova ilícita ou ilegítima deve ser desentranhada dos autos.

Analisando-se o artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, verifica-se a existência de três interpretações possíveis, sendo que cada uma delas acarreta uma consequência jurídica diversa quanto ao desentranhamento das provas obtidas por meios ilícitos. A primeira importa no desentranhamento da prova declarada inadmissível, uma vez que o § 3º do mesmo artigo assim o determina. Essa interpretação abandona a posição doutrinária e jurisprudencial, já consagrada no sistema jurídico pátrio, que admite a prova ilícita a favor do réu, utilizando-se o princípio da proporcionalidade. Esta corrente utiliza-se do comparativo com o inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal que, para a produção antecipada *ex officio* de provas urgentes relevantes, deva ser utilizado o princípio da proporcionalidade, com os seus postulados a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Para este entendimento, como, *a contrario sensu*, não há essa previsão legal, não pode ser utilizado, para fins de desentranhamento, o princípio da proporcionalidade.

A segunda interpretação assevera que, a teor do § 3º do artigo 157 do Código de Processo Penal, ainda que se reconheça como ilícita a prova, o julgador pode decidir por não desentranhá-la dos autos ou, assim o fazendo, não inutilizá-la. Com essa exegese, há três possibilidades de decisões judiciais cabíveis, ambas distintas e independentes entre si. A primeira reconhecendo a prova como ilícita, sendo admitido recurso para a parte prejudicada, uma vez que, pela leitura do § 3º do artigo 157 do Código de Processo Penal, sugere-se que tenha uma decisão declaratória, pois refere “prova declarada inadmissível”. A segunda é a decisão de desentranhamento ou não da prova reconhecida como ilícita, conforme previsto expressamente no § 3º do artigo 157 do Código de Processo Penal. A última possibilidade de decisão é a de inutilização da prova desentranhada, conforme a parte final do § 3º do artigo 157 do Código de Processo Penal, podendo, assim, a prova ser inutilizada ou não.

À luz dessa interpretação, poderá o julgador, ao reconhecer a ilicitude da prova, decidir, com base nas circunstâncias do caso concreto, por não desentranhar a prova declarada ilícita ou por não inutilizá-la. Assim, seguindo este entendimento, poderão ser utilizadas as provas ilícitas, quando, conforme Avena,⁸¹ “houver evidências de que dificilmente surgirão outras provas que permitam ao juiz decidir de acordo com a verdade real”. Prossegue o autor salientando que:

Como vantagem desta interpretação, a circunstância de que mantém a possibilidade excepcional de utilização da prova ilícita no processo criminal, notadamente em favor

do réu, conforme tem sido a orientação da jurisprudência nos dias atuais. Como desvantagem, o fato de que envolve três manifestações judiciais distintas, facultando impugnações e, conseqüentemente, tumultuando e muito provavelmente retardando a marcha processual.

Por fim, a terceira interpretação dispõe que a prova, uma vez reconhecida como ilícita, deverá ser obrigatoriamente desentranhada, consoante dispõe o *caput* do artigo 157 do Código de Processo Penal. No entanto, é facultada ao magistrado a decisão de sua inutilização ou não. Essa interpretação almeja harmonizar o *caput* e o parágrafo terceiro do artigo 157 do Diploma legal, uma vez que, interpretando-os literalmente, tornam-se contraditórios. O *caput* dispõe que deve ser feito o desentranhamento enquanto o parágrafo terceiro determina que seja feito por uma decisão de desentranhamento, podendo ser desentranhada ou não.

Para Avena,⁸² deve-se, segundo tal interpretação, entender que o § 3º, ao referir-se à “decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível”, contém uma impropriedade redacional. Assim, segundo o autor, a única maneira de conciliar com o *caput* é interpretar, na sua primeira parte, “como referente, não à *decisão de desentranhamento*, mas sim à *decisão que declarar a prova inadmissível*” [grifo no original]. Entende o autor que esta parece ter sido a intenção do legislador reformista, segundo sua interpretação teleológica. Por fim, propugna uma nova redação do dispositivo: “Preclusa a decisão que declarar inadmissível a prova e em consequência determinar seu desentranhamento, esta será inutilizada por decisão judicial, facultando-se as partes acompanhar o incidente.”

Para o referido doutrinador, essa exegese é a única plausível em face do que dispõe o *caput* e o § 3º do artigo 157 do Código de Processo Penal, facultando, ainda, à parte prejudicada com a decisão da declaração de inutilidade da prova recorrer. Portanto, segundo essa interpretação, ao apreciar o caso concreto, poderá o juiz utilizar-se da prova ilícita de forma a evitar uma condenação injusta, quando houver provas que possam excluir o juízo condenatório do acusado.

Importante destacar que foi vetado o § 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal que pugnava que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. A justificativa do veto foi:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do

processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente a que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto da obrigatoriedade da decisão coligada.

O veto sofreu crítica de Eberhardt,⁸³ uma vez que, para o autor, a celeridade processual visada pelo legislador reformista mitigou a imparcialidade do juiz. *In verbis*:

[...] O veto foi claro equívoco tendo em vista que o magistrado que conhece da prova ilícita está evidentemente contaminado pelo seu conteúdo. A celeridade processual não pode excluir a imparcialidade do julgador, princípio tão caro ao ordenamento jurídico brasileiro. Como o magistrado poderá esquecer o conteúdo da prova ilícita ao proferir sentença? O problema agora é das partes e ao mais do juiz. O interessado que se utilize de ações autônomas de impugnação ou do apelo para tentar corrigir eventual contaminação do magistrado na prolação da sentença. Como poderá a parte demonstrar que o magistrado, mesmo indiretamente, utilizou-se do conteúdo da prova ilícita anteriormente desentranhada? Mais um indicativo da faceta inquisitiva e autoritária da reforma, reforçando o espírito delineado na exposição de motivos do código penal na década de 40.

Em sentido contrário, Baltazar Junior⁸⁴ aplaudiu o veto:

[...] Afora a redação, a pretendida regra do *juiz contaminado*, traria extraordinárias dificuldades práticas para a organização judiciária. Caso aprovada a regra, seria de perguntar quem deveria julgar o feito nos casos em que a prova tida ilícita fosse amplamente divulgada nos meios de comunicação ou remetida, por cópia, a todos os membros de uma turma ou Tribunal. [...] [grifo no original].

Lopes Jr.,⁸⁵ anteriormente à reforma processual, ao comentar o artigo 571, § 1º, do Código de Processo Penal, criticava que os Tribunais almejam salvar o processo, ressaltando que a sentença deve ser anulada, pois não há garantias de que o convencimento do magistrado esteja dissociado do material probatório inválido. Refere o autor: “não basta anular o processo e desentranhar a prova ilícita: deve-se substituir o

juiz do processo, na medida em que sua permanência representa um imenso prejuízo, que decorre dos prejuízos (sequer é prejulgamento, mas julgamento completo!) que ele fez”. Ainda ressalta que um juiz que teve a sua sentença anulada por ilicitude não pode mais julgar, com independência e imparcialidade.

Ainda, na opinião de Mendonça⁸⁶, embora concorde com o veto, uma vez que a promulgação do texto original poderia acarretar problemas para a administração da justiça:

A lei deveria ter tratado apenas daquela hipótese em que o magistrado profere sentença, levando em consideração a prova produzida ilicitamente, e, em razão de decisão posterior de um Tribunal, a prova é reputada ilícita, anulando-se a sentença. Poderia mesmo o juiz que teve a sentença anulada julgar novamente, mesmo sem a prova ilícita nos autos? Neste contexto, realmente, entendemos que seria necessário que outro juiz proferisse a sentença, para evitar que o segundo julgamento fosse “contaminado” pelo primeiro. E, infelizmente, esta situação não encontra solução no ordenamento atual, a não ser que o próprio magistrado se declare suspeito por motivo de foro íntimo. De qualquer sorte, a forma como foi redigido o § 4º era muito ampla e, portanto, concordamos com o seu veto.

No entanto, não havendo consenso doutrinário acerca dessas questões, por se tratar de redação legislativa nova, uma vez que, antes da reforma processual penal, o legislador não expressamente determinava o desentranhamento da prova declarada ilícita, deve-se aguardar as manifestações dos tribunais pátrios. Não se pode, entretanto, se descuidar e não aplicar a regra que visa a salvaguarda do direito de liberdade do acusado, quando milita ao seu favor provas que, ainda que de cunho ilícito, possam, utilizando o princípio da proporcionalidade, ser aproveitadas.

3.2 O uso da prova obtida por meios ilícitos em prol da sociedade

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é dirigida, principalmente, ao Estado, como garantia do devido processo legal. Contudo, conforme visto anteriormente, admite-se a prova obtida ilicitamente quando for para favorecer o réu, visando o exercício do seu direito fundamental de ampla defesa. Há, no entanto, o entendimento que, embora minoritário na doutrina e na jurisprudência, encontra importantes partidários, que a prova obtida ilicitamente pode ser utilizada a favor da sociedade, acarretando a condenação do réu, ainda que seja o único elemento probatório constante nos autos passível de fundamentar um juízo condenatório.

A doutrina afirma, com propriedade, que não existem direitos e garantias absolutas, em quaisquer circunstâncias, sendo que, no caso concreto, pode haver o conflito de valores, tendo que optar por um valor só. Assim, a norma tutela os bens jurídicos apenas abstratamente. Portanto, não há como conceber um direito absoluto em detrimento de outros, nem mesmo em casos de legítima defesa em que um indivíduo para defender sua própria vida atenta contra a de outrem, como nas palavras de Oliveira⁸⁷, “o próprio direito à vida, bem e valor maior de todo indivíduo, de cuja existência decorrem *todos os demais direitos*, encontra limites na lei” [grifo no original].

Ressalte-se que alguns estudiosos, tal como na admissibilidade de provas ilícitas *pro reo*, que amparam a tese da admissibilidade da prova ilícita a favor da sociedade calcam-se na aplicação do princípio da proporcionalidade, apontando-o como mitigador da rigidez com que a Constituição Federal veda a utilização desse tipo de provas. Há, assim, o abrandamento da regra da proibição das provas obtidas ilicitamente, do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, nos casos em que estejam em conflito regras constitucionais de maior relevância.

Capez⁸⁸ assinala que o princípio da proporcionalidade, no tocante às provas ilícitas, também deve ser admitido *pro societate*. Aponta o autor que, confrontando o sigilo com o direito à prova, o Ministério Público, ao formular a acusação, almeja resguardar valores fundamentais para a sociedade, que são tutelados pela norma penal. Assim, deve o juiz, ao verificar a existência de conflito entre bens protegidos pela norma constitucional, sopesar e avaliar os valores ali encontrados. Analisando o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, o doutrinador dispõe:

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônicas precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado.

Rego,⁸⁹ com muita propriedade, também se posiciona a favor do uso das provas ilícitas, advertindo que

o Direito não pode impedir que o processo atinja suas finalidades. O autor consigna que deve ser estimulada a observância das leis e o respeito aos direitos individuais por todos os meios, mas sem desnecessárias repercussões no campo do processo. No mesmo sentido, entende Nucci⁹⁰ que devem ser harmonizados os princípios, os direitos e as garantias constitucionais, pois não existe hierarquia entre eles. Assim, assinala o autor que não é o caso de se privilegiar uma norma constitucional nem determinar qual a norma de maior importância. Nas palavras do doutrinador:

De fato, se alguém é acusado ou indiciado, qualquer prova que o juiz mande apreender é lícita, pois o sentido maior da norma é apurar o verdadeiro culpado, garantindo-se tanto a segurança pública, quanto o acerto judiciário, que não permitirá leve-se ao cárcere um inocente. Deixar de abrir a correspondência de um suspeito de crime, somente porque se está seguindo, cegamente, o disposto na Constituição Federal, seria privilegiar uma norma constitucional em detrimento a outras. Descobrir o verdadeiro culpado de um crime elimina a possibilidade de se punir um inocente, algo que, muitas vezes, ocorre no sistema penal brasileiro, situação com a qual devemos demonstrar séria preocupação. Pode-se aplicar a teoria da proporcionalidade, como sustentam alguns, mas cremos que nem é preciso que dela se use mão. Não se trata de ponderar qual bem jurídico é mais importante – se a intimidade, a inviolabilidade da correspondência e da vida privada ou a segurança pública e o interesse em punir criminosos – mas sim de garantir a perfeita *harmonia* entre os princípios, direitos e garantias constitucionais. Um direito não deve sobrepujar outro em hipótese alguma, pois inexistente hierarquia entre eles, mormente quando todos estão previstos na Constituição Federal. Deve o aplicador da lei ajustar um ao outro, compreendendo o exato espírito da norma e seu alcance [grifo no original].

Avena⁹¹ sustenta, no mesmo sentido, assim como não se pode proferir sentença condenatória em face do réu que possua provas nos autos para inocentá-lo, ainda que estas sejam ilícitas, o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado em situações excepcionais e de notório interesse público igualmente para condenar o réu. Não se pode, sobretudo, deixar de aplicar o princípio da proporcionalidade para os delitos que envolvam a ação de organizações criminosas, pois estes, nas palavras do autor, “se estruturam como verdadeiras empresas do delito, valendo-se de tecnologias avançadas como aquelas permitidas pelo uso da rede mundial de computadores (internet)”. Assim, propugna o citado doutrinador,⁹² que em crimes de mal coletivo, tal como o tráfico de drogas, a segregação do traficante é forma de preservar o interesse público maior que é, nas

palavras do autor, “o de evitar a disseminação do uso de drogas em decorrência das ações por ele perpetradas”.
In verbis:

[...] A admissão excepcional da prova ilícita *pro societate*, quando ausente outra forma de alcançar-se a responsabilização penal nos crimes de *mal coletivo* (frisa-se: apenas neste caso e observadas as peculiaridades da prova assim obtida), parece justifica-se ainda em questões relacionadas às chamadas **prevenção geral e prevenção especial** – a primeira sustentada na circunstância de que a ameaça quanto à possibilidade de uso de provas ilicitamente obtidas já consistiria, por si, em espécie de advertência para que os integrantes do grupo social se abstivessem da prática de crimes, já a segunda, dirigida ao delinqüente em particular que tenha sido condenado a partir de um critério menos rigoroso de aceitação das provas, para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.

Sangali⁹³ também admite a utilização das provas produzidas ilicitamente, uma vez que poderá acarretar a impunidade e o acobertamento de casos criminosos graves. O autor adverte que as normas garantidoras de direitos individuais não podem ser usadas de forma a obstacularizar direitos de elevada importância como, dentre outros, o direito à vida e à liberdade. Em suas palavras:

Assim, a exclusão pura e simples destas provas, de molde a se ter como não havidas, irá trazer, com certeza, imensos danos à apuração dos fatos, com reflexos evidentes na injustiça da decisão, na impunidade, e no acobertamento de situações criminosas graves, originando-se o paradoxo flagrante de que normas e garantias restritivas de direitos individuais, como o da intimidade e da comunicação, venham a se sobrepor a valores maiores, da própria comunidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à integridade física, e outros bens que o Estado, constitucionalmente, comprometeu-se a preservar.

Ainda, há situações em que não devem ser consideradas ilícitas as provas mesmo com a violação de regra constitucional. São os casos das provas produzidas pela própria vítima na salvaguarda de seus direitos individuais. Essas provas estão acobertadas pelas excludentes de ilicitude, quais sejam, a legítima defesa e o estado de necessidade. Como bem pondera Moraes,⁹⁴ as liberdades públicas não podem ser empregadas como “verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas”, bem como para fundamentar a diminuição ou a não responsabilização penal ou civil por atos criminosos. Assim, explica o autor, que sob pena de desrespeito ao Estado de Direito, os agentes de

atos ilícitos que desrespeitem as liberdades públicas de terceiros pessoas ou da sociedade, infringindo a própria dignidade da pessoa humana, não podem evocar a ilicitude das provas colhidas. Desse modo, segundo o autor:

Exemplificando, poderíamos apontar a possibilidade de utilização de uma gravação realizada pela vítima, sem o conhecimento de um dos interlocutores, que comprovasse a prática de um crime de extorsão, pois o próprio agente do ato criminoso, primeiramente, invadiu a esfera de liberdades públicas da vítima, ao ameaçá-la e coagi-la. Essa, por sua vez, em *legítima defesa de suas liberdades públicas*, obteve uma prova necessária para responsabilizar o agente. Poderíamos, também, apontar a hipótese de utilização de uma gravação de vídeo realizada pelo filho, de forma clandestina e sem conhecimento de seu pai, agressor, para comprovação de maus-tratos e sevícias. Não se poderia argumentar que houve desrespeito à inviolabilidade, à intimidade e à imagem do pai-agressor, pois sua conduta inicial desrespeitou a incolumidade física e a dignidade de seu filho, que, em *legítima defesa*, acabou por produzir a referida prova. [...] [grifo no original].

No mesmo sentido, Silva⁹⁵ indaga:

Caso abracemos o princípio da proporcionalidade, comparando todos esses valores, poderíamos optar, por exemplo, pela utilização, ou não, de uma interceptação telefônica ilicitamente obtida em desfavor de uma pessoa acusada de um crime gravíssimo, como a extorsão mediante seqüestro, onde está em risco tanto a vida, saúde, segurança e patrimônio de alguém. O que seria mais importante nesse caso: a privacidade ou os demais direitos e garantias individuais? É certo que nesse caso a interceptação telefônica poderia ser autorizada pelo Juiz. Mas, e se a prova que incriminasse os sequestradores fosse a interceptação de uma correspondência, que, segundo parte da doutrina e jurisprudência, não pode ser interceptada mesmo com autorização judicial? E se a interceptação telefônica fosse feita por um detetive particular? Seria razoável não condenar pessoas perigosas e perniciosas à sociedade em atenção à proibição da utilização da prova ilicitamente obtida? [...]

Fernandes,⁹⁶ por sua vez, propugna que a proteção à vida do juiz de direito e à segurança do presídio poderiam justificar as violações das correspondências dos presos, podendo, após, serem as cartas utilizadas em juízo. Refere o autor:

Em determinado caso, para impedir fuga de presos considerados perigosos de estabelecimento penitenciário, violou-se a correspondência desses presos, descobrindo-se que, no plano de fuga, constava o seqüestro de um juiz

de direito quando todos estariam reunidos em audiência em determinada comarca do Estado de São Paulo. Como a violação de correspondência é vedada pela Constituição Federal (art. 5º, XII), a aplicação rigorosa da norma constitucional impediria que pudessem ser usadas como prova as cartas interceptadas, pois, sendo obtidas por meio ilícito consistente em afronta à referida vedação constitucional, não seriam admitidas em eventual processo criminal.

Assim, há julgado do Supremo Tribunal Federal⁹⁷ em que foram admitidas como válidas, no processo penal, peças reprográficas não autenticadas, mas passíveis de aferição da legitimidade por outro meio. No caso em comento, a administração penitenciária, por razões de segurança pública, de disciplina prisional e de preservação da ordem jurídica, de forma excepcional, interceptou a correspondência de presos. Ressaltou a decisão que a cláusula de inviolabilidade do sigilo epistolar não pode servir de fundamento para práticas ilícitas.

Portanto, quando se tratar de prova produzida para a salvaguarda dos direitos individuais, caracterizando legítima defesa ou estado de necessidade, o Superior Tribunal de Justiça⁹⁸ e Supremo Tribunal Federal⁹⁹ consideram válidas tais provas. Assim, quando evidenciada a existência de excludentes de ilicitude, ou seja, legítima defesa e estado de necessidade, retira a ilicitude da prova. Como bem explica Avena,¹⁰⁰ a prova não atinge a condição de ilícita devido ao contexto que se realizou a sua produção, sendo assim “é admitida a utilização irrestrita e por isso, também, é que a situação em exame não entra em colisão com a máxima que a prova, uma vez maculada pela ilicitude, jamais perde este caráter”.

Deve-se, portanto, analisar a prova conjuntamente com o princípio da proporcionalidade, a imprescindibilidade da prova e o seu emprego *pro reo* ou *pro societate*. Observa-se, no entanto, que a tortura, por ser contrária às regras de direito natural não pode ser aceita, pois o ordenamento jurídico não pode se coadunar com afrontas a direitos da pessoa humana, não servindo como prova. Avena¹⁰¹ entende no mesmo sentido, propugnando que não há credibilidade para a prova obtida mediante tortura, sendo que esta foi colhida mediante o sofrimento alheio, não podendo o magistrado, em nenhuma hipótese, presumi-lo verdadeiro.

Adversamente à tese da admissibilidade irrestrita das provas ilicitamente obtidas, Grinover et al.¹⁰² entendem que o posicionamento dessa doutrina é radical, pois o seu uso indiscriminado nos processos judiciais poderia servir como incentivo à prática de atos contrários ao ordenamento jurídico pelos agentes

públicos, ou até mesmo por particulares. Além disso, as sanções àqueles que obtêm a prova por meio ilícito nem sempre são aplicadas de forma efetiva; e deixariam, não raras vezes, o infrator da norma impune. Ainda, Baltazar Junior¹⁰³ adverte que a regra da proibição das provas ilícitas na Constituição Federal não suporta relativizações. Para o autor, a regra é absoluta, para a acusação, sendo que mesmo em crimes graves não poderá ser admitida a prova ilícita no ordenamento jurídico pátrio. Avolio¹⁰⁴, por sua vez, ao comentar acerca do princípio da prova ilícita no direito britânico, infere que a utilização da prova ilícita *pro societate*, em nome da busca da verdade real, merece ser criticada dentro da moderna visão do processo penal como instrumento de liberdade.

Questão de suma relevância que merece ser abordada neste tópico é em relação ao agente público, cuja conversa foi gravada enquanto estava no exercício de suas funções, indaga-se acerca da possibilidade de se sustentar a garantia constitucional de privacidade. Exige-se da Administração Pública uma atuação pautada no máximo de transparência possível, devendo o administrador cumprir fielmente os princípios concernentes à matéria, tais como o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, consagrados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

A Administração Pública, assim, possui como um dos seus princípios basilares a publicidade de seus atos, salvo exceções previamente previstas. Portanto, quando há divulgação de documentos e correspondências particulares de agentes públicos no exercício de suas funções, frise-se que não somente os atos oficiais, é possível admitir-se as gravações clandestinas e ambientais, pois suas condutas devem ter transparência. Considera-se, assim, que o indivíduo que grava atuação ilícita age em nome do interesse público, não somente do seu próprio interesse.

Ainda, conjugando-se os princípios da moralidade e da publicidade, denota-se que ao agente público é inviável a utilização das garantias das inviolabilidades constitucionais para a prática de atividades ilícitas em nome da Administração Pública. Moraes¹⁰⁵ salienta que “na interpretação das diversas normas constitucionais, deve ser concedido o sentido que assegure sua maior eficácia, sendo absolutamente vedada a interpretação que diminua sua finalidade, no caso, a transparência dos negócios jurídicos.” Portanto, não pode o administrador se valer da inadmissibilidade das provas ilícitas para salvaguardar interesses que afrontem a lisura de seus cargos, funções ou empregos públicos, acarretando, assim, na impunidade por seus atos ilícitos. Ainda, como bem refere o autor:

Portanto, deverá ser permitida a utilização de gravações clandestinas por um dos interlocutores, realizadas sem o conhecimento do agente público, que comprovem sua participação, utilizando-se de seu cargo, função ou emprego público, na prática de atos ilícitos (por exemplo: concussão, tráfico de influência, ato de improbidade administrativa), não lhe sendo possível alegar as inviolabilidades à intimidade ou à vida privada no trato da *res* pública; pois, na administração pública, em regra, não vigora o *sigilo* na condução dos negócios políticos do Estado, mas o *princípio da publicidade* [grifo no original].

Nesse sentir, mais uma vez, é consagrada a admissibilidade as provas obtidas ilicitamente, excepcionalmente, quando estão sendo envolvidos valores relevantes para toda a sociedade. Portanto, é considerada admissível esta prova obtida por meios ilícitos em face de possuir um valor mais relevante: o interesse público. Desse modo, segundo os entendimentos anteriormente esboçados, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, uma vez que, quando houver confronto entre direitos fundamentais, deve prevalecer o de maior relevância, no caso concreto.

Assim, devem os princípios e as garantias constitucionais se hamornizarem, tendo em vista que tais normas formam um sistema unitário. Para tanto, como sustentam os defensores do uso em juízo de tais provas, é de interesse da sociedade que as decisões judiciais sejam justas e reflitam a verdade dos fatos em conflitos, podendo se sobrepor a uma formalidade antijurídica no processo, a não ser que importe em violência física ou psíquica contra o indivíduo. Desse modo, em determinadas situações e à luz do caso concreto, podem ser limitados os direitos fundamentais da pessoa humana em detrimento a outros direitos igualmente fundamentais, imprescindíveis à sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal para Concursos*. 4. ed. São Paulo: Método, 2008.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2009.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. A Sentença Penal de acordo com as Leis de Reforma. In: NUCCI, Guilherme (org.). *Reformas do Processo Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- BERGMANN, Érico R. *Prova Ilícita – A Constituição de 1988 e o Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público – AMP, 1992.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. 2. ed. Trad. por Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. I.
- EBERHARDT, Marcos. Reformas Processuais Penais no Âmbito da Produção Probatória. In: *Reformas do Processo Penal*. NUCCI, Guilherme (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal*. Considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio. Prova Ilícitas. GOMES, Luiz Flávio (org.). *A Prova no Processo Penal: comentários à Lei nº 11690/2008*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GOULART, Valéria Scarance Fernandes. *Tortura e Prova no Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- KNIJNIK, Danilo. A Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa e os Discursos da Suprema Corte na Decisão de 16/12/93. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 23, p. 61-84, março 1996.
- LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.
- MALHEIROS, Sylvia Helena Steiner. O Ministério Público e a Tutela da Intimidade na Investigação Criminal. In: *Justiça e Democracia*. São Paulo: Associação dos Juizes para a Democracia. v. 2, p. 222-229, 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1994.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 68, p. 13-27, nov. 1996.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. *A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A Prova Ilícita e a Interceptação Telefônica no Direito Processual Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das Normas Sobre Provas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

SANGALI, Luiz Carlos. *Interceptação Telefônica e Prova Ilícita: limites da vedação constitucional e infraconstitucional*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2001.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas Ilícitas*. 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito – LEUD, 2001.

SILVA, Davi André Consta; EBERHARDT, Marcos. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. v. 1.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOVO, João Batista; TOVO, Paulo Cláudio. *Primeiras Linhas sobre o Processo Penal em face da Nova Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

NOTAS

- ¹ MALHEIROS, Sylvia Helena Steiner. O Ministério Público e a Tutela da Intimidade na Investigação Criminal. In: Justiça e Democracia. In: *Revista Semestral de Informação e Debates*. São Paulo: Associação dos Juizes para a Democracia, v. 2, p. 222-223, 1996.
- ² PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 151-2 e p. 1.
- ³ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 642.
- ⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. p. 153.
- ⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 153.
- ⁶ TOVO, João Batista, TOVO, Paulo Cláudio. *Primeiras Linhas sobre o Processo Penal em face da Nova Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 23.
- ⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 349.
- ⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 157-8.
- ⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 44.
- ¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas Ilícitas*. *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 16, p. 104-105, 1980.
- ¹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 312-3.
- ¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 156.
- ¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 170.
- ¹⁴ “A prova obtida por meios ilícitos não pode ser admitida no processo (art. 5º, LVI, CF), sendo destituída de eficácia jurídica.” FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. p. 97-8.
- ¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 156.
- ¹⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 81.
- ¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. p. 287.
- ¹⁸ É oportuno, no entanto, frisar que os direitos fundamentais devem ser respeitados tanto pelo Poder Público quanto pelos particulares em sua atividade probatória, respeitando o que a doutrina denominou “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”. Em resumo, explica Novellino o conceito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais: “Não obstante, a constatação de que a opressão e a violência contra os indivíduos são oriunda não apenas do Estado, mas também de múltiplos atores privados, fez com que a incidência destes direitos fosse estendida ao âmbito das relações entre particulares. A projeção dos direitos fundamentais a estas relações, nas quais os particulares se encontram em uma hipotética

relação de coordenação (igualdade jurídica), vem sendo denominada de *eficácia horizontal ou privada* dos direitos fundamentais” [grifo no original]. NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 366.

- ¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1994. p. 218.
- ²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 389
- ²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1. p. 311.
- ²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. p. 349-50.
- ²³ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008. p. 170.
- ²⁴ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal para concursos*. 4. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 167.
- ²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 157
- ²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. p. 316.
- ²⁷ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 7-8.
- ²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. p. 345.
- ²⁹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. p. 8.
- ³⁰ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. p. 277.
- ³¹ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. p. 275-6.
- ³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. p. 346.
- ³³ EBERHARDT, Marcos. *Reformas do Processo Penal*. In: *Reformas do Processo Penal*. NUCCI, Guilherme (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 90-1.
- ³⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. p. 164-5.
- ³⁵ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. p. 278.
- ³⁶ EBERHARDT, Marcos. *Reformas do Processo Penal*. p. 91-2.
- ³⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. p. 165.
- ³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. p. 347.
- ³⁹ Dentre eles: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. p. 278 e MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. p. 164.
- ⁴⁰ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1570-2, Relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004, publicado no DJ 22/10/2004.

- ⁴¹ Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. [...]
- ⁴² Eberhardt e Silva, comentando a Lei nº 9.034/95, que dispõe sobre os meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo, referem: “Convém esclarecer, contudo, que a lei continua em vigor no que diz respeito à obtenção de informações fiscais e eleitorais, desde que por ‘provocação’ do Ministério Público (requerimento) ou da autoridade policial (representação). O papel do juiz é o de analisar os pedidos formulados pelos órgãos responsáveis pela investigação. Além disso, em se tratando de acesso a dados, documentos e informações financeiras e bancárias, o pedido há de se lastrear na Lei Complementar nº 105/01”. SILVA, Davi André Consta, EBERHARDT, Marcos. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. v. 1. p. 137.
- ⁴³ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*: comentada artigo por artigo. p. 163.
- ⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. p. 347.
- ⁴⁵ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 82157, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 19/11/2002, publicado no DJ 19/12/2002.
- ⁴⁶ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 18106/RJ, Relator Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 28/03/2006, publicado no DJ 02/05/2006.
- ⁴⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. p. 96.
- ⁴⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal*. Considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 39.
- ⁴⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*. p. 73.
- ⁵⁰ GOULART, Valéria Scarance Fernandes. *Tortura e Prova no Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 113.
- ⁵¹ RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A Prova Ilícita e a Interceptação Telefônica no Direito Processual Penal Brasileiro*. RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A Prova Ilícita e a Interceptação Telefônica no Direito Processual Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 84.
- ⁵² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. p. 310-2.
- ⁵³ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal para concursos*. p. 172.
- ⁵⁴ Eberhardt, comentando sobre a reforma, critica o legislador reformador: “Porém, a reforma, neste ponto, certamente, trará dificuldades de aplicação prática em relação à elasticidade do princípio, já que se utilizou de conceitos abertos. Deixou a tarefa ao alvedrio do magistrado, o que irá desnaturar uma merecida aplicação mais rígida. Por isso, as partes sofrerão os efeitos da amplitude dos conceitos trazidos pela reforma e precisarão utilizar-se de medidas de impugnação para resguardarem o direito à prova. Faltou clareza à norma.” EBERHARDT, Marcos. *Reformas do Processo Penal*. p. 95.
- ⁵⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal*. Considerações críticas. p. 39-40.
- ⁵⁶ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 90.376, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007.
- ⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 162-3.
- ⁵⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Reformas do Processo Penal*. p. 239-40.
- ⁵⁹ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. p. 172-3.
- ⁶⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 140.
- ⁶¹ BERGMANN, Érico R. *Prova Ilícita – A Constituição de 1988 e o Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público – AMP, 1992. p. 16-7.
- ⁶² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. p. 302.
- ⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 588.
- ⁶⁴ STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 79-82.
- ⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 68, p. 15-16, nov. 1996.
- ⁶⁶ Este é o entendimento de ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. p. 105 e de GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 38.
- ⁶⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1. p. 540.
- ⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. p. 312.
- ⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 642.
- ⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 161-2.
- ⁷¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. p. 105.
- ⁷² Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 74678, Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 10/06/1997, publicado no DJ 15/08/1997.
- ⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. p. 287.
- ⁷⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. p. 542.
- ⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 143.
- ⁷⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*. p. 94.
- ⁷⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. p. 100.
- ⁷⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Reformas do Processo Penal*. p. 241.
- ⁷⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*: comentada artigo por artigo. p. 172 e 178.
- ⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio. Prova Ilícitas. GOMES, Luiz Flávio (org.). *A Prova no Processo Penal*: comentários à Lei nº 11690/2008. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 38.
- ⁸¹ AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2009. p. 401.
- ⁸² AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. p. 401-2.
- ⁸³ EBERHARDT, Marcos. *Reformas do Processo Penal*. p. 95-6.
- ⁸⁴ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Reformas do Processo Penal*. p. 240.
- ⁸⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. p. 546.
- ⁸⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*: comentada artigo por artigo. p. 180.
- ⁸⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. p.294.
- ⁸⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. p. 270 e 33-4.
- ⁸⁹ REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das Normas Sobre Provas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 115.
- ⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. p. 515-6.
- ⁹¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal para concursos*. p. 176.
- ⁹² AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. p. 409-10.
- ⁹³ SANGALI, Luiz Carlos. *Interceptação Telefônica e Prova Ilícita*: limites da vedação constitucional e infraconstitucional. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2001. p. 73-4.
- ⁹⁴ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 104-5.
- ⁹⁵ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas Ilícitas*. 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito – LEUD, 2001. p. 35.
- ⁹⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. p. 93.
- ⁹⁷ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 70814, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 01/03/1994, publicado no DJ 24/06/1994.
- ⁹⁸ Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Habeas Corpus nº 75338, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 09/09/2003, publicado no DJ 20/10/2003
- ⁹⁹ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 75338, Relator Ministro Nelson Jobim, Segunda Turma, julgado em 11/03/1998, publicado no DJ 25/09/1998.
- ¹⁰⁰ AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. p. 411.
- ¹⁰¹ AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. p. 175
- ¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 104.
- ¹⁰³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Reformas do Processo Penal*. p. 237.
- ¹⁰⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*. pp.160-1.
- ¹⁰⁵ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. p. 106.