



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARCELO NAVARRO MESQUITA SARAIVA

**ASPECTOS CONTROVERSOS DAS PROVAS ILÍCITAS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PÁTRIO**

NATAL/RN

2014

MARCELO NAVARRO MESQUITA SARAIVA

**ASPECTOS CONTROVERSOS DAS PROVAS ILÍCITAS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PÁTRIO**

Projeto de Trabalho de Conclusão de Curso orientado pelo Professor Doutor Luiz Alberto Gurgel de Faria, a ser apresentado à Banca Examinadora do Departamento de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

NATAL/RN

2014

Catálogo da Publicação na Fonte.
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Saraiva, Marcelo Navarro Mesquita.

Aspectos controversos das provas ilícitas no ordenamento jurídico pátrio / Marcelo Navarro Mesquita
Saraiva. - Natal, RN, 2014.
70f.

Orientador: Prof^o. Dr. Luiz Alberto Gurgel de Faria.

Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Departamento de Direito.

1. Direitos fundamentais - Monografia. 2. Proteção penal - Monografia. 3. Provas ilícitas - Monografia.
4. Proporcionalidade - Monografia. 5. Vedação - Monografia. I. Faria, Luiz Alberto Gurgel de. II.
Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 342



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

ATA DE DEFESA PÚBLICA DE CONCLUSÃO DO CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

Aos 09 (nove) dias do mês de maio do ano de 2014, às 09h00 horas, no Auditório Varela Barca do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, foi instalada a Comissão Examinadora para a defesa oral e pública da Monografia sob o título: "**ASPECTOS CONTROVERSOS DAS PROVAS ILÍCITAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**", como trabalho final de conclusão de Curso, apresentado pelo aluno **MARCELO NAVARRO MESQUITA SARAIVA**, matrícula nº 2009017730, ao Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como parte dos requisitos para obtenção do título de BACHAREL EM DIREITO. A Comissão Examinadora foi presidida pelo Professor Orientador **LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA**, Professor Assistente III, matrícula nº 1219509 e composta pelos professores, **OTACÍLIO DOS SANTOS SILVEIRA NETO**, Professor Adjunto I, matrícula nº 1644691, que são lotados no Departamento de Direito Público e pela Professora **ANA BEATRIZ FERREIRA REBELLO PRESGRAVE**, Professor Assistente II, matrícula 1693362, lotada no Departamento de Direito Privado, conforme Portaria nº 16/2014-DPU, integrantes da referida Comissão que emitiu o seguinte parecer: *//////////////////*.

A Comissão Examinadora após a defesa oral e o cumprimento dos demais procedimentos considerou a monografia *APROVADA (COM LOUVAR)*

A Comissão decidiu atribuir à menção *APROVADO COM LOUVAR*, atribuindo a nota: *100 (DEZ)*

Comissão Examinadora



LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Presidente



OTACÍLIO DOS SANTOS SILVEIRA NETO
Membro



ANA BEATRIZ FERREIRA REBELLO PRESGRAVE
Membro

Aos meus pais, Ivan e Emily, pelo amor incondicional e por todos os ensinamentos.

A minha irmã, Marília, pelo companheirismo e amor.

A Luma, pela cumplicidade e fidelidade.

AGRADECIMENTOS

A Minha família, por representar uma base para todas as conquistas alcançadas e as que estão por vir. Por todo o carinho e compreensão, nos momentos de ausência, em razão do esforço para que tal pesquisa lograsse êxito.

Ao Professor Doutor Luiz Alberto Gurgel Faria, Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª região, por aceitar orientar esse projeto, devido a sua solicitude, paciência e presteza, tornou possível a elaboração do presente trabalho.

A Segunda Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, onde pude aliar a teoria à prática, podendo vislumbrar a realização do direito no mundo fora da academia.

Aos meus amigos, por sempre estarem ao meu lado nessa trajetória, apoiando e incentivando, bem como compartilhando momentos de angústia e superação.

*Bem aventurados os que têm
Fome e sede de justiça,
Porque esses serão fartos.*

(Mateus 5.6)

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar os principais aspectos polêmicos envolvendo a temática das provas ilícitas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas é um direito fundamental, podendo ser compreendido como uma expressão do devido processo legal. Faz-se um exame da evolução do direito fundamental à prova, bem como das teorias que informam aquele princípio, sendo essas de importância acentuada para a legislação específica sobre o tema (Lei nº 11.960/08). Como contraponto ao princípio da vedação às provas ilícitas, exsurge o princípio da proteção penal, sendo considerado também como uma garantia fundamental a que todos os cidadãos fazem jus. Não há nenhum direito fundamental absoluto, é necessário o sopesamento dos direitos envolvidos, onde o benefício de ter determinado direito prevalecido, deve ser maior do que o direito sacrificado, sendo de grande relevância atender ao interesse público e promover manutenção da ordem pública. O princípio da proporcionalidade revela-se como mecanismo imprescindível para a resolução da controvérsia, variando de acordo com o caso concreto, os valores a serem resguardados. Analisam-se, então, as provas obtidas ilícitamente em favor do réu, bem como as provas ilícitas em favor da sociedade, a partir do entedimento da doutrina e da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Direitos Fundamentais. Princípio da proteção penal. Princípio da proporcionalidade. Lei nº 11.960/08.

ABSTRACT

This work intends to discuss the main aspects involving the controversial issue of illegal evidence according Brazilian law. The postulate of inadmissibility of illegal evidence is a fundamental right, and it can be understood as an expression of the due process of law. It is made an analysis of the evolution of the fundamental right of evidence and theories that inform that postulate, which would markedly important for specific law on this theme (11.960/08 Law). As a counterpoint to the illegal evidence postulate, the criminal protection principle is also understood as a fundamental guarantee that all citizens are entitled. There is no absolute fundamental right, the deliberation about rights involved, where the benefit of having prevailing law, must be greater than the right which is sacrificed, being of huge importance in the public interest and promote the maintenance of public order. The proportionality principle is revealed as essential to the dispute resolution mechanism, varying according to the individual case, the values to be protected. It is analyzed then the evidence obtained on illegal way in favor of the accused as well as the illegal evidence in favor of society, according to the doctrine and jurisprudence.

KEYWORDS: *inadmissibility of illegal evidence postulare. Fundamental rights. Criminal protection principle. Proporcionality postulare. Law11.960/08.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

A polêmica acerca da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos se faz cada vez mais presente no cotidiano. Tal controvérsia não se restringe somente ao âmbito processual, incidindo também sobre o campo social, uma vez que se relaciona diretamente aos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição da República Federativa de 1988. O Poder Judiciário vem sendo constantemente assolado por tal discussão, e o que se percebe através da análise da jurisprudência dos tribunais, é que não se tem um entendimento consolidado e unificado sobre o tema, o que dá azo a uma insegurança jurídica.

No presente trabalho, em um primeiro momento, buscou-se demonstrar em que contexto foi editado e quais eram as principais características do Código de Processo Penal brasileiro em sua redação originária, fazendo-se ainda, uma abordagem sobre os principais princípios relacionados ao processo penal já inseridos em um Estado Democrático de direito. Após, essa breve análise, levantou-se a fase que a Justiça brasileira vem enfrentando, sendo considerada uma crise em virtude da crescente impunidade, aumentando o descrédito perante a sociedade, que se sente cada vez mais refém da violência, corrupção e desrespeito às leis. Diante de tal quadro, faz-se um relação com o tema, que diante do clamor social pela justiça, chega-se a um dissenso entre a busca pela verdade real e a inadmissibilidade das provas ilícitas.

Mais adiante, no segundo capítulo, faz-se um estudo da evolução do direito à prova, voltando-se às suas origens históricas, até chegar à concepção dos dias de hoje. Tendo-se essa noção, partimos para uma análise do direito comparado analisando os ordenamentos estrangeiros, onde se escolheu os países que mais contribuíram para o desenvolvimento da temática, sendo berço das teorias que vieram a informar e nortear o assunto, destacando-se: Alemanha, Itália, Estados Unidos, Espanha e Portugal. Após esse breve estudo, debruçamos-nos sobre algumas das principais teorias que vieram a embasar a polêmica, dentre as quais ganham notoriedade: a teoria da *exclusionary rule*, teoria da *fruits of the poisonous tree*, teoria da fonte independente, teoria da descoberta inevitável e teoria do encontro fortuito (casual) de provas.

No terceiro capítulo, fazemos uma abordagem constitucional, discorrendo, inicialmente, sobre os direitos fundamentais de uma forma geral, para após adentrarmos nos direitos fundamentais específicos que versam sobre o tema. Analisamos o direito fundamental à prova, o direito fundamental à intimidade e o direito fundamental à proteção penal. Feitas tais análises, estudamos o conflito entre os direitos fundamentais voltados para a perspectiva

da teoria da proporcionalidade, como meio garantidor de possibilitar a coexistência dos diversos direitos fundamentias, de modo que não há no ordenamento jurídico pátrio nenhum direito absoluto, devendo-se sempre analisar caso a caso, para que haja um sopesamento proporcional, onde o direito a ser sacrificado não deva ser maior que o benefício a ser apurado com o juízo de ponderação.

Por fim, no último capítulo voltamos para a análise da prova ilícita no Brasil, onde discorreremos sobre as provas ilícitas *pro reo* e *pro societate*, analisando a matéria sob a perspectiva doutrinária e sobre os entendimentos através de julgados. Posteriormente, passou-se para o exame das teorias estudadas, no âmbito interno, onde pudemos depreender como vem sendo aplicada tais teses no ordenamento pátrio.

2ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL

O atual Código de Processo Penal brasileiro, elaborado em 1941, teve enorme influência da legislação processual italiana produzida por volta da década de 1930, em meio ao regime fascista de Mussolini¹. Assim, é de fácil percepção compreender o porquê dos ideais autoritários presentes em sua redação primitiva. A título de exemplo, *verbi gratia*, dependendo da sanção prevista a situação típica, uma vez recebida a denúncia, era determinada, de forma compulsória, a prisão preventiva do acusado, como se realmente fosse culpado.²

Nesse contexto, pode-se dizer que a premissa preponderante que servia de diretriz para o estatuto processual penal pátrio era o da presunção de culpabilidade, onde era inconcebível e injustificável a preponderância dos interesses do indivíduo sobre o da tutela da coletividade. Para Vincenzo Manzini, penalista italiano prestigiado, era incoerente conceber o princípio da presunção de inocência em razão da própria existência de uma ação penal. Justificava-se tal ideal pelo fato de ninguém acusar quem é inocente, havendo, dessa forma, um juízo de antecipação de culpa.³

Ainda nesse âmbito autoritário, policialesco, podem-se mencionar algumas características da redação primitiva do Código de Processo Penal brasileiro. Dentre as principais, Eugênio Pacelli⁴ destaca que o acusado é tido como provável e virtual culpado, principalmente quando for caso de prisão em flagrante, que até 1970 só cabia liberdade provisória quando presente a presunção de inocência, representada pelas causas de justificação (legítima defesa, estado de necessidade etc.), ou para crimes afiançáveis. Além disso, um suposto conflito entre a tutela da liberdade individual e tutela da segurança pública, prepondera quase sempre a segunda, reforçada por uma fase investigatória exacerbada e inquisitiva. Outra característica marcante, que será melhor abordada nos tópicos subseqüentes, diz respeito à busca pela verdade real, que legitimava vastas práticas abusivas violando diversos direitos do acusado.

1PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

2 Antiga redação do artigo 312 do CPP: “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.”

3 PACELLI, Eugênio. *Op.Cit.* p 6

4*Ibid.* p 7

Os ideais policialescos, abusivos, perduraram por algum tempo, ocorrendo significativas mudanças com a lei nº 5.349/67, e, sobretudo com a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988.

A Carta Magna de 1988 instituiu o Estado Democrático-Constitucional, organização do Estado pela qual o arcabouço normativo é concebido em conformidade com as lentes oferecidas pela extensão e profundidade dos direitos fundamentais⁵. Trouxe como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Como corolário a tal princípio basilar, estipulou em seu artigo quinto, inciso cinquenta e sete, no rol dos direitos e garantias fundamentais que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A partir da Lei Maior, uma nova ordem jurídica democrática se instaurou, tendo como uma de suas características principais a dimensão humanística do processo. Nesse aspecto, os direitos fundamentais passaram a compor a base central do processo penal. Este por sua vez, deixou de ser um mero veículo de aplicação da lei penal, passando a representar uma garantia fundamental do indivíduo em face do Estado.⁶

2.1 O PROCESSO ENQUANTO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO INDIVÍDUO EM FACE DO ESTADO

Diante do princípio da *nulla poena sine iudicio*, e em seguida com a proibição de autotutela e de autocomposição, o processo criminal constitui-se como único instrumento permitido para a solução da controvérsia penal.⁷

Em sua célebre obra, “A instrumentalidade do processo”, Cândido Rangel Dinamarco,⁸ defende que o processo pode ser encarado como “a cristalização do fenômeno sociológico da legitimidade, que se manifesta na aceitação geral do poder pela população”.

5 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da . **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

6*ibid.* p.8

7 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas Ilícitas, Interceptações e escutas**. 1ª ed. Gazeta Jurídica, 2013.

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998

No que diz respeito a instrumentalidade, classifica-a em duas formas: a negativa e a positiva. A instrumentalidade negativa, na visão do douto processualista, é aquela que nega o processo como um fim em si mesmo e representa uma recusa ao formalismo excessivo, bem como exageros processualísticos. Por instrumentalidade positiva, defende, que se caracteriza pela atenção em absorver do processo (enquanto instrumento) o máximo proveito no que concerne aos fins propostos, de forma que deve-se alcançar as funções políticas, jurídicas e sociais.

Diante de tal quadro, pode-se inferir⁹ que o processo não pode ser encarado como um fim em si mesmo, justamente pelo seu caráter de existência, que está atrelado diretamente ao caráter instrumento-fim para a consecução de um propósito. Essa meta a ser alcançada não se encontra restrita somente à esfera jurídica, mas também a funções metajurídica, como os fins sociais e políticos.

O processo penal inserido no Estado Democrático de direito, onde uma das maiores preocupações se relaciona a efetivação das garantias constitucionais, deve ser encarado como uma certeza que o indivíduo tenha seus direitos observados e respeitados. Pode-se dizer, portanto, que a função precípua do processo criminal, dentro da conjuntura do ordenamento jurídico pátrio, é frear o poder de punir do Estado, assegurando uma série de direitos e garantias fundamentais que tutelam a dignidade da pessoa humana, fundamento que se irradia perante todo o ordenamento jurídico.

A jurisdicionalização da pena é de fundamental importância, principalmente, para garantir a segurança jurídica, de modo que se evita o levianismo punitivo estatal, permitindo um devido processo legal. Assim, pode-se dizer que o processo, enquanto instituição estatal, é o único meio que se reconhece como legítimo para a imputação da pena.¹⁰

Com efeito, a função jurisdicional estatal tem como dever e escopo proporcionar uma proteção efetiva da tutela dos direitos fundamentais, de modo que o processo cumpra uma função dupla. Por um lado, tem de tornar viável a aplicação da pena, e de outro, atuar como instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, evitando-se o livro arbítrio, atos autoritários e policialescos do Estado¹¹.

9 Júnior. Aury Lopes. **A instrumentalidade garantista do processo penal**. Juspodivm. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/jp/i/f/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf. Acesso em: 20/02/2014

10 *ibid.*

11 *ibid.*

Feita esse breve abordagem acerca do caráter instrumental que possibilita a tutela dos direitos fundamentais, principalmente voltado aos direitos do acusado, há de se analisar algumas das principais garantias daquele que está sendo processado, que se relaciona à aceitação das provas ilícitas em contrapartida da verdade real.

2.1.1 Das garantias constitucionais do acusado

Apoiado nos fortes ideais de Beccaria¹², que estimulava o paradigma da limitação do *jus puniendi* estatal, foi-se desvinculando a imagem do processo enquanto instrumento à serviço do Estado para persecução penal do indivíduo que cometesse crimes. Dentre as inovações liberais propostas, destacava-se aquela em que o Estado só poderia condenar o agente delitivo, com fulcro nas provas¹³. Ora, tal proposição era algo inimaginável à época, visto que sequer direito de defesa havia para o acusado.

Ainda nessa seara de inovação democrática processual, foram rechaçados os julgamentos e acusações secretas¹⁴, advindo daí a noção do princípio da publicidade. No mesmo campo dos pensamentos democráticos, Beccaria reprovava a obrigatoriedade dos juramentos dos réus de dizerem a verdade, já que iria em contramão aos sentimentos naturais dos homens, uma vez que haveria uma obrigação de se auto-incriminar, contribuindo para sua “própria destruição”¹⁵. A partir de tal premissa, criou-se o sustentáculo do direito ao silêncio.

Um outro direito fundamental que Beccaria veio a enaltecer, diz respeito a vedação à tortura, em suas palavras “abuso que não deveria ser tolerado no século XVIII¹⁶”. Fundamentou tal pensamento argumentando que um indivíduo não pode ser considerado réu antes da sentença do juiz, nem mesmo a coletividade pode privar-lhe de proteção pública, exceto quando decidido que houve transgressão aos princípios que legitimava aquela proteção. Diante de tal ideologia, fincou-se o alicerce do princípio da não-culpabilidade ou presunção da inocência.

12 BECCARIA, Cesare Bonessana. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Flório de Angelis. Bauru - SP: Edipro, 1999

13 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Op. Cit* p. 64.

14 *Ibid.*

15 BECCARIA, Cesare Bonessana. *Op.Cit.* p.54

16 *Ibid.* p.59

A partir de tais valores consagrados aos ordenamentos jurídicos processuais penais, derivou-se uma série de direitos e cânones com viés democráticos, possibilitando ao acusado, durante o curso do processo criminal, o respeito e a proteção às suas garantias fundamentais em detrimento do autoritarismo e tirania policialesca antes legitimada nas legislações processuais.

Partindo-se para uma abordagem mais objetiva e específica, extrai-se da Lei Maior de 1988 determinados direitos e garantias fundamentais decorrente dessa linha de pensamento Beccariano com o processo possuindo uma dimensão humanista. Entre tais direitos, podemos destacar o Artigo 5º, III¹⁷ em que há a vedação a tortura ou a tratamento desumano ou degradante. Assim como as demais garantias, tal previsão mostra-se como corolário do reconhecimento da dignidade da pessoa humano enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito.

Dentre as demais garantias influenciadas pela escola clássica edificadas na Constituição Federal de 1988, podemos apontar: o princípio do juiz natural (Art.5º, XXXVII); princípio da legalidade (Art. 5º, XXXIX); princípio da irretroatividade da lei penal (Art. 5º, XL); princípio da individualidade da pena (Art.5º XLV); vedação a pena de morte como regra geral (Art.5º, XLVII); integridade física e moral aos presos (Art.5º, XLIX); devido processo legal (Art.5º, LIV); contraditório e ampla defesa (Art.5º, LV); inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (Art. 5º, LVI); princípio da presunção da inocência (Art.5º, LVIII).

Merece especial destaque, dentre essas garantias, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, objeto do presente trabalho. No entanto, antes de adentrarmos no estudo de tal instituto, é mister analisar os cânones consagrados em nosso ordenamento que foram precursores e encontram-se intrinsecamente ligados à concepção das provas ilícitas, quais sejam: os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

2.1.2 Do devido processo legal

Conforme visto na linha de pensamento dos ideais liberais clássico, para que o direito de punir do Estado fosse tido como legítimo, e não como simples função de autoridade administrativa, haveria de solidificar normas que garantissem os direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, independentemente do tipo de delito cometido.

17 Artigo 5º, III : “ ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

O devido processo legal pode ser encarado como uma conquista do Estado contemporâneo. O processo penal anterior a esse período não possuía limites e o Executivo exercia o *jus puniendi* a seu bel prazer. Dessa forma, não havia um processo judicial, mas sim um procedimento voltado à aplicação da pena. A persecução penal sendo uma atividade preponderantemente administrativa, antes da noção do devido processo legal, possuía como marca a autoexecutoriedade. Com o advento de tal princípio, a alçada penal saiu exclusivamente esfera administrativa e passou a ser processualizada, sob comando de um juiz independente e imparcial.

Nesse contexto, tal cânone regula a jurisdição a ponto de vinculá-la juridicamente, através de paradigmas sedimentados na Constituição Federal¹⁸, impondo, portanto, balizas à persecução criminal promovida pelo Estado. Nesse sentido, no exercício do dever de punir, o ente estatal deve observar às normas insculpidas na legislação processual penal, que representam garantias do cidadão na conservação do *jus libertatis* em face do *jus puniendi*.¹⁹

Nesse ínterim, a coação estatal, que antes do devido processo legal era direta, passou a ser indireta. Dessa forma, para se buscar a responsabilidade penal de qualquer cidadão, a administração, por intermédio de órgão competente, deve conseguir lastro probatório suficiente para promover a demanda, e de acordo com o caso em específico o poder judiciário caso entenda que, de fato, houve transgressão à lei ou configurou-se um tipo penal, aplicar a sanção que lhe é prevista.

Acerca do princípio do devido processo legal, pode-se levantar dois importantes aspectos: o caráter substantivo, material, relacionado ao direito penal, e também a dimensão procedimental, voltada ao direito processual.²⁰

Quanto ao aspecto material, está diretamente relacionado ao princípio da legalidade, onde não há crime sem prévia cominação legal. Já no âmbito procedimental, associa-se à gama das garantias fundamentais que devem ser observadas durante a persecução penal estatal. Pode-se até afirmar, que os demais princípios processuais são decorrentes de tal princípio, *verbi gratia*, o contraditório, ampla defesa, juiz natural etc.

18 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Op. Cit.* p. 413

19 *ibid.* p.417

20 NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais- RT, 2013.

Diante disso, passa-se ao estudo dos princípios do contraditório e ampla defesa para depois ingressarmos no direito à prova e a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos.

2.1.3 Dos princípios do contraditório e da ampla defesa

Pode-se dizer que o princípio do contraditório, representa o princípio da igualdade das partes no processo²¹, que possuirão as mesmas oportunidades de se pronunciar, ofertar provas e incutir no convencimento do magistrado. Insta ressaltar que a igualdade mencionada, não se identifica como igualdade formal, mas sim, igualdade material, substancial.

O princípio do contraditório presume a paridade de partes, só perfaz-se com os litigantes possuindo as mesmas chances, ou os mesmos poderes. Um conceito bastante respeitado e repetido de tal cânone é tido como “a expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo, e a possibilidade de contrariá-los.”²². Diante de tal ótica, podemos inferir que o contraditório revela-se em dois aspectos distintos: a informação e a participação.

Pela perspectiva da informação, se vislumbra desde a fase da citação no processo, continuando com as devidas intimações sobre os atos processuais. Já sobre a participação, tem-se que se relaciona a “participar da instrução”. Por tal fase do processo, não se resume a só provar, mas sim, de “preparar o espírito do juiz, não somente através das provas, mas participando do processo, em todas as atividades”²³, possuindo especial destaque para a fase dos debates, em que se apresentam as alegações de fato e de direito.

Ainda na dimensão conceitual, as doutrinas italianas e alemãs ressaltam o caráter de participação, argumentam que o escopo principal dessa garantia processual, não é somente a defesa, em seu âmbito negativo, de contrariedade ou resistência, mas a influência ao resultado do processo. Na visão de Trocker, o princípio do contraditório é “direito ou possibilidade de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e sobre o resultado do processo”²⁴. Tal garantia

21 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5ª ed- São Paulo: Revista dos Tribunais- RT, 2012.

22 ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais- RT, 1973.

23 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op. Cit.* p. 30

24 TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**. Itália: Milano, 1974.

processual, juntamente com a ampla defesa veio a contribuir para o desenvolvimento do direito à prova.

Conforme já esposado, antes da regulamentação humanística do exercício do *jus puniendi* estatal, o processo penal era uma mero veículo de aplicação da lei penal, em que o acusado sequer tinha o direito de defesa, sendo impossibilitado de provar a sua inocência.

Após a ideologia Beccariana, onde a persecução criminal deveria ser tocada com fulcro em normas que garantissem os direitos fundamentais aos homens, principalmente aqueles voltados à preservação da dignidade da pessoa humana e ao direito de defender-se²⁵, disseminaram-se pelos ordenamentos jurídico a idéia do direito de defesa e ampla defesa.

No direito brasileiro, o direito de defesa enquanto direito fundamental fez-se notar através da Constituição de 1891, em seu artigo 72, §16²⁶, que assegurava aos acusados na lei a mais plena defesa. Com uma melhor redação, a Constituição de 1934, em seu artigo 113, 24²⁷, decretou “a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta.”

A atual Carta Magna consagrou em seu artigo 5º, LV : “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Diante de tal dispositivo, voltando-se para a temática abordada na presente obra, a ampla defesa no processo penal só é estipulada aos acusados, restringindo-se, portanto, a defesa do direito (exercício do poder-dever de punir) do autor²⁸.

Diante de tal constatação, pode-se enaltecer a maior preocupação com a preponderância do direito de defesa do acusado, devendo gozar de um maior prestígio na legislação processual criminal, os meios que possibilitam a ampla defesa do réu. No sentir do ilustre Professor Walter Nunes da Silva Júnior²⁹, conquanto no processo civil deva ocorrer o tratamento igualitário entre as partes no que concerne à ampla defesa, no processo penal o

25 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Op. Cit.* p.696

26 Artigo 72, § 16: “ Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa”

27Art 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 24) A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta.

28 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Op. Cit.* P.699

29 Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

acusado, deve, em função da supremacia do direito de liberdade, possuir mais oportunidades e instrumentos de exercer seu direito de defesa do que o autor, já que o referido princípio só se encontra prevista para o acusado.

A partir de tal idéia, nasce a discussão na seara criminal acerca da inadmissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos. A Lei Maior em seu artigo 5º, LVI, consagra tal restrição sem discriminar o âmbito de aplicação, seja no processo civil, ou criminal. Com esteio em tudo que foi exposto até aqui, nasce o questionamento, se, tal regra se aplica ao processo penal, tendo em vista a menção expressa na Carta da República no que atine ao princípio da ampla defesa, já que se assegura os meios e recursos inerentes ao exercício do direito de defesa. Assim, exsurge a polêmica: caso o acusado venha a obter prova ilícita para provar sua inocência, seria tal meio probatório considerado válido e legítimo? E, se, por outro lado o órgão acusatório se utiliza de tal artifício para conseguir a evidência necessária que comprova a culpa do acusado, seria válido?

Antes de adentrarmos nesses aspectos, é mister também analisar a fase tida como crise da justiça e o sentimento de impunidade cada vez maior da população, relacionando a polêmica das provas ilícitas.

2.2 CRISE DA JUSTIÇA E A IMPUNIDADE

O sistema da justiça criminal passa por uma fase de dificuldades, sendo visto perante a população com uma imagem de bastante descrédito, desconfiança e até mesmo de corrupto. Dentre as possíveis causas para esse quadro, podem-se especular legislação branda, lacunosa e obsoleta, sistema carcerário desumano e falido, a possibilidade de conversão de penas privativas de liberdade por penas alternativas, avanço desenfreado de tecnologias sem a devida regulamentação, e as constantes transformações sociais sem acompanhamento do ordenamento jurídico pátrio.

Dentro desse cenário, o tema da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos no processo se relaciona ao clamor da sociedade por justiça. O valor axiológico da “justiça” passa a ser confundido por vingança, regressando aos remotos tempos de autotutela, onde os próprios sujeitos tratavam de resolver o ocorrido.

Na seara das provas ilícitas, entra-se em discussão a dicotomia referente aos valores sociais e individuais, sendo esses representados através do interesse público, de apurar a verdade real e promover a persecução penal visando a posterior condenação, em contraponto

ao respeito das garantias e direitos fundamentais do indivíduo previstos na Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, muito é discutido, se, seria plausível deixar de atender aos anseios sociais, de ver aquele que transgrediu às normas que legitimam o “contrato social” pagar pelo que fez, mesmo que para isso violasse alguns direitos previstos na legislação brasileira, ou, tendo em vista o caráter do direito de liberdade, tutelar de forma absoluta, pró-réu, sempre que houver esse choque entre direitos fundamentais.

Tal situação, como é fácil depreender, gera bastante polêmica e discussão, devendo-se ter a devida cautela e parcimônia na hora de ponderar os valores envolvidos em um determinado caso específico.

Nessa perspectiva, faz-se necessário estudarmos a concepção do direito à prova, suas premissas, a evolução histórico-legislativa debruçando-nos de maneira breve e sintética sobre o direito comparado, bem como, o estudo das teorias que informam tal instituto, e ao fim, enquadrar tal tema dentro da perspectiva do arcabouço jurídico nacional.

3 O DIREITO À PROVA E A PREMISSE DA VERDADE REAL.

A verdade para o processo penal, sempre é uma necessidade, é um objetivo a ser alcançado durante o seu curso. Somente pela sua busca que se alcança o desenrolar dos fatos investigados. Nessa perspectiva, a verdade formal alcançada pelos órgãos julgadores, representa a verdade possível de ser atingida, levando-se em consideração as limitações e restrições ao direito à prova³⁰. Tais comedimentos podem ser vistos como prévio juízo do legislador de determinadas circunstâncias que viriam a contaminar e deturpar o real sentido do direito à prova, quando para exercer tal direito, transgredisse garantias fundamentais

30 SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Prova ilícita no processo: de acordo com a nova reforma do Código de Processo Penal**. 1ª ed, Curitiba: Juruá, 2011, p 40.

fincadas nos arcabouços jurídicos. Maior exemplo disso, são as provas obtidas por meios ilícitos.

A verdade, enquanto valor axiológico, é de difícil conceituação em razão do seu caráter abstrato e pessoal, tendo sido alvo de diversas discussões entre os brilhantes filósofos de outrora. Porém, uma definição que se amolda ao fim que será abordado, diz respeito à conformidade da noção ideológica com a realidade.³¹ Nesse diapasão, aparecem as provas como elemento fundamental para consecução da verdade.

Todavia, tal direito não pode ser encarado como fim, mas sim, meio, justamente por isso que o processo na busca da reconstrução da verdade enfrenta algumas limitações consagradas por um Estado de Direito. Talvez, por esse motivo, muitos consideram a verdade real, ou substancial, como algo utópico, mítico, diante dos regramentos previstos nas legislações.

Todo comando judicial com teor decisivo (exceto aquelas que tratem de matéria exclusivamente de direito) pressupõe a existência ou não de uma situação fática, bem como de suas particularidades. Na contenda processual, cada parte irá oferecer ao julgador sua versão dos fatos e do direito almejado. Nesse aspecto, o magistrado ao analisar todos os elementos probatórios, visa galgar a verdade fática, para só então se debruçar sobre as conseqüências jurídicas³².

A atual doutrina, no que diz respeito à verdade real relacionada ao processo penal, acredita que o magistrado tem o poder-dever de apurar a verdade material, não se contendo somente aos fatos trazidos à baila pelas partes, mas, ir além daquilo que consta nos autos. No entanto, estipula limites a essa atividade, não se podendo buscar a realidade dos fatos a qualquer preço, valendo a máxima de que “os fins não justificam os meios”.

A prova dentre inúmeros conceitos existentes pode ser tida como “elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa”³³. Em seu sentido etimológico “prova” tem sua origem do latim “*probatio*” derivando do verbo “*probare*” que significa verificar, examinar, demonstrar, persuadir, reconhecer por experiência³⁴.

31 MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de J. Alves de Sá. Lisboa: Clássica. P.25

32 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Op. Cit.* p. 472

33 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5ª ed- São Paulo: Revista dos Tribunais- RT, 2012.

34 SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Prova Ilícita no Processo- De acordo com a Nova Reforma do Código de Processo Penal**- Curitiba: Juruá, 1ª edição, 2009.

A prova tem objetivo claro definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, visando-se a maior verossimilhança com a realidade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo.³⁵ Dessa forma, a prova é de fundamental importância para que as decisões judiciais se aproximem o máximo possível da verdade dos fatos, “é o elo fundamental entre um acontecimento jurídico e a realização da justiça, escopo fundamental do Direito³⁶”.

Para Trocker, a atividade probatória se traduz no momento central do processo. É através dela que se tenta demonstrar a veracidade dos fatos tal função por si só representa uma importância essencial para a formação do provimento jurisdicional. Nessa perspectiva, vislumbra-se sua feição relacionada ao direito de ação e de defesa³⁷, já que por tais garantias entende-se a possibilidade de atingir e atuar durante o julgamento, restando clarividente que para tal desempenho, as partes se utilizem de instrumentos adequados, as provas e evidências, com as quais procuram comprovar suas teses fáticas.

Primitivamente, ainda no nascedouro do que viria a ser institucionalizado como “prova” predominava-se um ideal de superstição. A sociedade detinha uma visão bastante restrita da vida coletiva, tendo como referência a delito ofensa a alguma divindade. Nessa fase religiosa, desenvolveram-se as ordálias, também conhecida como juízo de Deus, onde o acusado era submetido a provações perante Deus. Através de algumas práticas a que o réu era submetido, caso fosse inocente, acreditava-se que Deus iria intervir para evitar sua morte, caso contrário, de fato o acusado era culpado.

Assim, vislumbra-se a ausência do direito de defesa, já explanado em tópico anterior. Isso se justificava, pelo fato de ser inaceitável o autor de um ato ilícito resistir ao direito de punir estatal, já que caso fosse inocente, a verdade iria aparecer.

No que concerne ao sistema de avaliação das provas, a doutrina as divide em três fases distintas. A primeira delas, diz respeito ao sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz. Por essa sistemática, o magistrado não é obrigado a fundamentar a sua decisão, pois poderia levar em consideração sua vivência pessoal, valendo-se de sua convicção íntima. O fundamento da decisão, estaria implicitamente relacionada à certeza moral do julgador.

35 PACELLI, Eugênio. *Op. Cit.* p. 317

36 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Op. Cit.* p. 472

37 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op. Cit.* p.31

Como exemplo de tal método, pode-se citar o Tribunal do Júri, em razão dos jurados não necessitarem motivar seus votos.

O segundo sistema de valoração de prova que a doutrina elege, diz respeito ao sistema legal probatório, ou, sistema tarifário. Por tal sistemática a legislação estipula os fatos a serem comprovados, de tal modo, restringia-se, portanto, notavelmente, a liberdade de julgar do juiz, pois nesses casos o que preponderava era um legalismo exacerbado, onde os magistrados “repetiam” a lei³⁸. Tal sistema visava reduzir o amplo poder dos magistrados, já que pelo sistema da íntima convicção o juiz julgava de acordo com o seu livre arbítrio.

Essa fase de valoração das provas ficou conhecida como o sistema de provas tarifado. Nesse mecanismo, onde os meios de prova eram desde já pré-estabelecidos, também se valoravam as provas antes do julgamento, dessa forma, o próprio poder legislador que atribuía a valoração hierárquica, constituindo-se como um valor fixo e imutável. Como resquício de tal método no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se mencionar a combinação do artigo 158³⁹ e 564, III, b⁴⁰, do Código de Processo Penal

Em decorrência da dissipação dos ideais liberais e da liberdade dos povos, que se refletia diretamente no ordenamento jurídico, o sistema legal de provas foi superado pelo do livre convencimento motivado. Por tal sistema, o magistrado ficava livre no processo de formação da sua convicção, não estando vinculado a nenhum parâmetro de valoração prévia das provas. Podia optar, portanto, pela evidência que mais lhe parecesse persuasiva.

Vale ressaltar que a maior liberdade conferida aos julgadores em decorrência desse sistema, não os exime de fundamentar ou justificar sua decisão. Assim, privilegia-se a argumentação racional, para que as partes que porventura não concordem com o teor decisório, recorram nas mesmas linhas argumentativas.⁴¹

38 Avolio, Luiz Francisco Torquato. *Op. Cit.* p. 28

39 Artigo 158 do Código de Processo Penal brasileiro: Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

40 Art.564,III,b do Código de Processo Penal brasileiro: Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;

41 PACELLI, Eugênio. *Op. Cit.* p.330

Diante dessa ideia, merece aplausos o artigo 155⁴², dispositivo inserido em decorrência da Lei 11.690/08, que veda ao magistrado fundamentar sua condenação única e exclusivamente em evidências colhidas durante fase investigatória, com exceção das provas antecipadas e não repetíveis. Por tal previsão, privilegia-se o princípio do contraditório, consagrando os direitos e garantias fundamentais, e mais uma vez ressaltando o processo enquanto meio de limitar o poder de punir estatal.

Nesse íterim de restrições ao *jus puniendi* do Estado, advém uma polêmica e interessante discussão em razão da dicotomia existente entre a verdade real e a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, revestida pelo interesse coletivo em se alcançar a verdade a qualquer custo, e restaurando-se o *status quo* de paz e respeito ao “pacto social”, em face das garantias fundamentais individuais, que demonstram o fundamento da dignidade da pessoa humana.

3.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO À PROVA

O direito à prova como hoje é visto enquanto um direito subjetivo das partes, de propor os meios de prova (*rechtliches Gehör*), é consectário da decisão alemã proferida em 18 de junho de 1957 em um procedimento civil de caráter inquisitório⁴³. Por tal comando, Avolio ressalta que restou enaltecido que o poder inerente do magistrado de produzir provas *ex officio* não elide nem torna desnecessário um direito independente das partes de propor meios de prova⁴⁴.

Ainda acerca do *rechtliches Gehör*, em decisão posterior, entendeu-se que por tal direito não estaria envolvido o direito de produção de determinada prova, mas sim, estaria garantido às partes a oportunidade de manifestar-se sobre os fatos essenciais ao provimento jurisdicional. Assim, pela *ratio essendi* da decisão, que foi proferida em 14 de outubro de 1958, a negativa da proposição de determinado meio de prova, não interferiria àquela

42 Art.155 do Código de Processo Penal brasileiro: Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos normativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

43AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op. Cit.* p. 31

44 TROCKER, Nicolo. *Op. Cit.* p.510

determinada parte de expor na marcha da instrução sobre as situações fáticas que pretendia comprovar com pela prova que lhe foi denegada a produção⁴⁵.

Diante das duas mencionadas decisões, percebe-se uma certa contraposição com relação ao *rechtliches Gehör*. Pela última decisão traçou-se um paralelo entre o direito de pronunciamento sobre fatos e direitos e direito de ver produzido um específico meio de prova. Já o primeiro comando judicial, só se referia à possibilidade de indicação ou não, de meios probatórios, tratava-se, portanto, de um momento⁴⁶ lógico e temporal diverso e anterior da produção de provas.

Pelas idéias insculpidas nas duas mencionadas decisões exaradas pela Corte Federal Alemã, Trocker deduz que é garantido às partes o direito de apresentar, propor, sugerir, meios de provas que considere válido para demonstrar a realidade dos fatos, proporcionando uma reconstrução mais fidedigna possível. No entanto, a despeito de tal garantia, não lhes é conferido a produção dos meios sugeridos, não estando, portanto, obrigado o juiz a acolher as proposições sugeridas.

Tal tese ganhou guarida pelo entendimento da Suprema Corte Federal (*Bundesgerichtshof*), que declinou a alegação de que a falta de acolhimento da proposição de um determinado meio de prova transgrediria o *rechtliches Gehör*. A Suprema Corte ressaltou que só haveria violação, caso as partes não tivessem a oportunidade de requerer os elementos probatórios a serem produzidos na manifestação de suas razões. Assim, mais uma vez evidencia-se a relação intrínseca existente entre o direito de ação e defesa, e o direito de propor os meios de provas com previsão no ordenamento, conquanto a admissibilidade ou não daqueles instrumentos probatórios ficariam sujeito à apreciação do julgador.

A fase alemã aqui exposta foi de grande valia e um enorme passo dado para o desenvolvimento do direito à prova. Nela, fincou-se o direito de propor, sugerir, requerer, de forma livre, as provas e evidências que a parte julgasse válida a contribuir para a formação do convencimento do magistrado. Vista a contribuição alemã, é mister analisar a jurisprudência italiana que veio a colaborar para um ideal regramento às provas.

45/*ibid.* p .511

46 Acerca do momento processual da produção de provas, a doutrina classifica em quatro etapas: 1) a da proposição do(s) meio(s) de prova; 2) a da admissão ou rejeição do proposto; 3) o da produção da prova em si; 4) o da valoração ou avaliação para fundamentar a decisão.

A sentença n.70 de 22 de dezembro de 1961 veio a declarar a inconstitucionalidade do art.10, ns. 1 e 2, da Lei 253 de 1950 ⁴⁷. Tal dispositivo não autorizava as partes discutir ou participar ativamente do processo, nem sequer apresentar meios de prova. Era nítido seu caráter repressivo aos ideais de um processo justo e que garantissem a paridade de armas.

A Corte Italiana⁴⁸ atentou para que não só o direito de propor meios de prova para colaborar ao convencimento do juiz, deixasse de ser negado, como também, para que esse direito não sofresse restrições sem motivos plausíveis. Com intuito de garantir às partes o respeito ao contraditório, à ampla defesa, bem como uma participação ativa, a Corte assim preconizou sua decisão⁴⁹: “A tutela jurisdicional das situações jurídicas garantidas pelo ordenamento é inconstitucionalmente rejeitada ou limitada ao suprimir-se ou limitar-se à parte o poder processual de representar ao juiz a realidade dos fatos que lhe sejam favoráveis, ou ao negar-se ou restringir-se o direito de exibir os meios representativos daquela realidade.”

Pela razão do trecho *sus* mencionado, visa-se evitar as limitações desproporcionais, injustificadas ou desarrazoadas, ao direito das partes de provar a realidade e concretude dos fatos. Contudo, não há que se falar de que a rejeição de uma proposição de produção de um determinado meio de prova viola o direito à prova.

Voltando a analisar a jurisprudência alemã, chegou-se a uma concepção de que a prova, quando relevante, deveria, obrigatoriamente, ter sua produção designada pelo magistrado. Nesse sentido, a decisão de 15 de janeiro de 1969⁵⁰, reconheceu a violação ao *rechtliches Gehör*, pois a parte autora da demanda restou impossibilitado de defender a própria posição em juízo. Com base no artigo 103, §1º, da carta alemã, tem-se que o juiz possui a obrigação de receber e tomar conhecimento das proposições probatórias apresentadas pelas partes.

No referido caso, a Corte se pronunciou acerca da violação ao *rechtliches Gehör* “não pode ser desconsiderado que o juiz *a quo* teria decidido diversamente se tivesse levado

47 Tal artigo atribuía a um órgão administrativo o exame das condições de imóvel alugado ao fim da prorrogação legal das locações urbanas. Essa avaliação possuía caráter exclusivo e vinculante para o julgador, que era vedado a requerer outros meios de prova, bem como não podia trazer à baila outros elementos que não fossem os ditos pelo órgão.

48 AVOLIO, Luis Francisco Torquato. *Op. Cit.* p.34

49 Ibid.

50 Processo foi ajuizado por um comissário para galgar uma provisão, que não teve levado em consideração seu pleito que requeria comprovar através de testemunhos que ele já havia encontrado um adquirente.

em consideração os elementos probatórios indicados pela parte, e que se afiguravam relevantes para o acerto dos fatos e objeto da controvérsia⁵¹”

Diante do teor de tal decisão, é de notar que o aspecto da relevância foi enaltecido e valorizado, pois o êxito do processo dependia daquele meio de prova. Assim, a relevância era compreendida na acepção de utilidade potencial da prova aos fins de resolução da causa. Por tal ideologia, Trocker entendia que as partes possuíam um direito constitucionalmente assegurado de ter produzidas no processo as provas ofertadas e propostas que continham uma incontestável relevância ou utilidade para a resolução do conflito. Em decorrência desse direito, o julgador tinha a obrigação de introduzir o meio de prova solicitado, caso contrário, estar-se-ia violando o mencionado artigo 103, §1º da Constituição Alemã.

O argumento para a defesa dessa tese consiste no fato, que se não fosse daquela maneira, tal direito tinha chance de ser inevitavelmente subordinado ao juízo do magistrado, restando em uma ampla discricionariedade. Assim, a percepção de relevância que aparentemente parecia guiar a atuação judicial, passaria a representar somente um interesse de determinada parte em ter a sua prova produzida. Estaríamos novamente, naquela fase do mero direito de indicar o meio de prova, sem nenhuma garantia de que realmente tivesse o seu direito à prova efetivado.

O direito à prova relacionado à ampla defesa, ainda na visão de Trocker, no que concerne à relevância, possui dois aspectos importantes: o próprio direito à prova, que veda ao juiz utilizar elementos probatórios sem que alguma das partes não tenham sido ouvidas, e , uma restrição a prova extraídas de outras normas, havendo, portanto, uma limitação ao poder das partes em exercer esse direito.

A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, representam uma forma dessas limitações ao exercício do direito à prova, e será melhor abordada no tópico subsequente, onde diante de um estudo comparado com os demais ordenamentos jurídicos, tentaremos entender a *ratio essendi* de tal instituto.

3.2 A VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO ESTRANGEIRO

Antes de abordarmos o instituto das provas ilícitas em alguns dos principais ordenamentos jurídicos, é forçoso um breve intróito sobre o tema. Para Nuvolone,⁵² as provas

51/bid. p.35

52 Pietro Nuvolone renomado jurista penalista italiano. Teve como obra de grande destaque “Sistema Del diritto penale” em 1975.

ilícitas são espécie do gênero “provas vedadas”. Pela utilização da terminologia “provas vedadas” pressupõe a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. Dentre as espécies de tal gênero, a doutrina seguindo a linha de Nuvolone, as classificam como: provas ilícitas e provas ilegítimas.

As provas ilegítimas são aquelas cuja colheita violaria ou transgrediria normas de direito processual. Como exemplo de tais provas, tem-se a proibição de depor em relação a situações fáticas que digam respeito ao sigilo profissional⁵³. Assim, as provas ilegítimas encontram-se relacionadas dentro do âmbito processual, onde os descumprimentos de tais previsões normativas encontram sanções também na legislação processual, podendo-se chegar a nulidade da prova, com a sua respectiva exclusão.

No que concerne as provas ilícitas, ou provas obtidas por meios ilícitos, são aquelas provenientes de violações a legislação material, principalmente às garantias constitucionais, já que o núcleo da controvérsia das provas ilícitas reside justamente à questão da proteção aos direitos fundamentais individuais decorrentes da dignidade da pessoa humano enquanto fundamento do Estado Democrático de direito. Também, para esse tipo de prova (ilícita), é a própria legislação do direito material que estipula as sanções para o infrator.

Vista a diferença entre as provas ilícitas e ilegítimas no âmbito substancial, em sua natureza, há também outra distinção em seu aspecto temporal, quanto ao momento de violação⁵⁴. A transgressão na prova ilegítima ocorre no momento da produção da prova no processo, já na prova ilícita a ofensa ocorre no momento da colheita da prova, podendo ser previamente ou durante o processo, entretanto, sempre em seu âmbito externo.

Tais classificações terminológicas geram bastantes discussões doutrinárias, variando de acordo com o ponto de vista de cada doutrinador. O presente trabalho irá evitar adentrar nessas polêmicas terminológicas, e passará a se preocupar com o aspecto material da (in) admissibilidade das provas obtidas por meio ilícito.

A discussão dessa admissibilidade ou não das provas ilícitas, reside em um questionamento: em face da persecução do fim público da justiça e a busca pela verdade real, seria plausível admitir, a exclusão de uma prova, que iria cabalmente demonstrar a realidade dos fatos, na hipótese de sua colheita ter infringido normas de direito? A partir de tal

53 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op. Cit.* p.43

54GRINOVER, Ada Pellegrini. **Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal.** Novas tendências do direito processual. 1990. P.61

indagação, volta-se mais uma vez à questão da crise da justiça, o descrédito por deixar um crime sair impune, excluindo-se a prova colhida ilegalmente, em prol da proteção às garantias individuais.

Diante de tais controvérsias, é imprescindível analisarmos as correntes que entendem pela admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e, também, aqueles que consagram sua rejeição.

3.2.1 A admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

A doutrina favorável à admissibilidade processual das provas obtidas por meio ilícito, defende que a transgressão de normas materiais, que se concretiza no momento de colheita da prova, fica sujeita unicamente às sanções penais, civis, ou administrativas, estipuladas nas respectivas legislações⁵⁵. Somente ocorreria o impedimento da inserção da prova, caso houvesse violação às leis processuais.

Assim, por tal premissa, e utilizando-se da explanação do tópico anterior entre provas ilícitas e provas ilegítimas, infere-se que essa doutrina admite a inserção das provas ilícitas (que violem normas de direito material), enquanto as provas ilegítimas seriam, sim, inadmissíveis ao processo.

Tais estudiosos entendem que extrair de uma transgressão de norma de direito material, mesmo que relativa a direitos ou garantias fundamentais, a nulidade de todos os atos subseqüentes, significaria incorrer em um “salto lógico” e em uma petição de princípio⁵⁶, a qual sugeriria que uma determinada norma que tutelasse um direito material seria intransponível, possuindo um caráter absoluto independente do caso concreto.

Defendem ainda a máxima do “*Male captum bene retentum*”. Por tal premissa, entende-se que o ponto controverso da admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos não reside na forma pelo qual a prova foi colhida, mas sim à verificação do consentimento da inserção da prova no processo em abstrato⁵⁷, não importando a ponderação do uso dos meios empregados para colhê-la. Assim, mais uma vez reitera-se o entendimento de que a legislação processual que tem o condão de vetar a introdução de determinada evidência, ou seja, caso

55 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas Ilícitas, Interceptações e escutas**. 1ª ed. Gazeta Jurídica, 2013.

56 *ibid.* p.143

57 *ibid.*

haja violação de um direito material o infrator teria de ser punido de acordo com a sanção prevista na respectiva lei, não havendo nenhuma relação com a prova colhida diante de tal violação.

Dessa forma, não se encontrando dentro do ordenamento jurídico processual norma que determine a exclusão das provas colhidas a partir de um ato ilícito, não há como refutar tal evidência. Isso se justifica, segundo a doutrina, em razão da titulação de ser admissível e relevante a produção de uma prova, encontrar-se vinculado a critérios externos ao processo, para além dos paradigmas do direito material.

Interessante notar que Franco Cordero⁵⁸ não defendia a admissibilidade das provas ilícitas com fulcro em princípios tidos por absolutos, como a da busca da verdade real ou do livre convencimento do magistrado. Para o penalista italiano, o caso concreto deveria ser analisado de acordo com suas particularidades, analisando-se isoladamente, o sistema processual, quanto às violações de direito material que representem limitações ao exercício de direito à prova. Nessa situação específica, a própria lei processual prevê a nulidade dos atos subseqüentes.

Explicando-se melhor o raciocínio de Cordero, tem-se que um determinado dispositivo de uma legislação processual pode ao mesmo tempo tutelar o direito material, caso em que a prova vedada seria ao mesmo tempo ilegítima e ilícita. Assim, em virtude desse caráter misto, sendo a prova ilegítima por ter cominação derivada de legislação processual, não somente violando o direito material, estaria inadmissível a inserção dessa prova ao processo. Dessa forma, a *contrario sensu*, mais uma vez ressalta-se que não havendo previsão de lei processual, a prova violando somente o direito material, seria admissível à demanda. Ainda no entendimento de Cordero, seria necessária uma correlação⁵⁹ entre a transgressão da norma que prevê a inadmissibilidade de uma prova em específico e a nulidade em decorrência dela.

Carnelutti veio a fazer coro juntamente a Cordero, pela admissibilidade das provas ilícitas. No entanto, varia com relação à teoria que a legitima, defendendo que deve-se trabalhar não o conceito da ilicitude, mas sim, o da irregularidade do ato, compreendido como ausência de algum requisito. Para Carnelutti, o entrave acerca da admissibilidade das provas ilícitas, se resolve com fulcro dos princípios inerentes à nulidade e às sanatórias dos atos

58 Penalista italiano encabeçava os adeptos da admissibilidade das provas obtidas por meio ilícito.

59GRINNOVER, Ada Pellegrini. *Op. Cit.* p.145

inválidos, em âmbito processual, o que também corrobora com a noção de inadmissibilidade das provas ilegítimas, e admissibilidade das provas ilícitas.

Outros doutrinadores como Manuale Leone, Lehrbuch Rosenberg, dentre outros estudiosos, também deram suas contribuições para a corrente que defendia a admissibilidade das provas obtidas por meio ilícito. Por toda linha de raciocínio independente do argumento utilizado para legitimá-la, chegava-se à mesma conclusão, de ser inadmissível aquelas provas obtidas a partir de transgressões à legislação processual em contrapartida, aquelas que violassem o direito material seriam admitidas, sem prejuízo ao infrator na forma prevista respectivamente na lei.

Na visão da seara mais penalista, torna-se forçoso abordar o lado mais humanístico da doutrina que preconiza pela inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito. A partir de um estudo comparado, pode-se visualizar como essa idéia se propagou até chegar ao ordenamento pátrio, sendo, por isso, o próximo alvo de discussão da presente obra.

3.2.2 Da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito

Como doutrina humanitária, garantista, adepta aos ideais liberais, exurgiu a corrente contrária a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, enaltecendo não ser possível ao julgador, mesmo do ângulo processual anteriormente visto, inserir como motivação de sua convicção na sentença, provas que violassem o direito material tutelado.

Por tal posição, vislumbra-se de forma manifesta o cuidado em garantir, sob qualquer hipótese, o devido processo legal na persecução do crime, visando reduzir a atuação desenfreada do Poder Público no exercício do *jus puniendi* na busca pela verdade real. Além de tal argumento, tem-se que as sanções previstas na legislação que protege o direito material, ainda que efetivadas, não são suficientes para extirpar a incongruência de que a punição do crime se realize por meio do exercício de um ato ilícito⁶⁰.

Pode-se concluir que a linha de pensamento empregada se baseia nos ideais de um Estado Democrático de Direito, onde a lei se submete indistintamente a todos, devendo ser respeitado tanto pelo Estado (ainda que seja o responsável pela elaboração dessas) quanto pelos governados. Assim, ao se admitir a inserção de uma prova ilícita, estaria se legitimando e aceitando um ato ilícito como forma de solucionar a investigação de outra infração. Tal

60 *Ibid.* p.148

situação não se amoldaria aos fundamentos e princípios sedimentados em um Estado que prima pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

Levanta-se, também, a questão da apreciação da prova, por tal instituto os doutrinadores da corrente em estudo, pregavam se referir a liberdade de apreciar meios de prova, que deveriam estar de acordo com o que dispõe o ordenamento jurídico. Dessa forma, no que diz respeito à valoração das provas, o juiz deve apreciá-las as provas de acordo com sua experiência, não sendo admitido para tais fins a fundamentação lastreada em provas ilícitas.

O ponto central de tal corrente aduz que para que ocorra a inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta que tenha sido colhida de forma ilegal, transgredindo normas jurídicas, seja qual for sua natureza, com maior destaque para os direitos e garantias fundamentais. Assim, sempre que a obtenção de uma prova implique em desrespeito às normas jurídicas, poderá aquele que teve seu direito violado, requerer a inadmissibilidade e a conseqüente nulidade dos atos subseqüentes eivado por tal vício.

Essa tese da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é de grande valia para o desenvolvimento do trabalho, e o estudo de sua evolução histórica legislativa faz-se forçoso para uma visualização mais clara do assunto. Nessa perspectiva, nos próximos tópicos analisaremos de maneira sintética como tal instituto é visto pelos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

3.2.2.1 Itália

Na Itália, o caso precursor que impulsionou o debate sobre tal tema diz respeito ao caso “Viggo x Formenti”⁶¹. Em tal evento, a Corte de Apelação de Milão declinou o ilícito cometido pela parte, que consistiu em se apossar das cartas de propriedade da outra pessoa. Rejeitou-se a possibilidade de aproveitamento indevido dos escritos “alheios” como prova de seu direito. Assim, resguardou-se o bem jurídico da propriedade que foi manifestamente transgredido. Passou-se, então, balancear as exigências processuais com os direitos do indivíduo. No caso de instaurar-se uma exceção à vedação probatória, como antigamente ocorria para os casos de alta gravidade, incumbia ao magistrado a valoração da validade e importância da evidência ilegitimamente apropriada da parte.

61AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op. Cit.* p.45

A despeito da entrada em vigor da nova Constituição italiana que visava promover mudanças privilegiando uma maior tutela ao direito material, principalmente aos referentes aos direitos fundamentais, em contraponto à admissibilidade das provas ilícitas, viu-se por parte da doutrina e dos aplicadores do direito a prática ligada ainda aos antigos axiomas autoritários. Trocker atribui esse fato à incompatibilidade dos instrumentos hermenêuticos da Constituição, que não estariam adequados a proporcionar uma concretude aos direitos e garantias fundamentais, o método do positivismo ainda se via claramente presente na Lei Maior.⁶²

Predominava de maneira bastante clara os sentimentos de busca à verdade real a qualquer preço, ideais policialescos e autoritários. No entanto, com o avanço da tecnologia e também em decorrência de certos episódios que evidenciaram a ausência de tutela aos direitos individuais, foi-se criando um fervor popular para que a situação mudasse. Somada a isso, a maior parte da doutrina alinhou-se à corrente humanitária, rechaçando a prática da admissibilidade das provas ilícitas. Começava-se a reconhecer a existência de controvérsia entre o direito do indivíduo, que tivesse seu direito violado em razão da colheita de provas ilícitas, e a supremacia do interesse público, pelo clamor de justiça e verdade real, no que concerne ao *jus puniendi*.

Não é demais registrar que parcela representativa da doutrina, como Nuovolone, criticava a tese de Cordero, pertinente à admissibilidade das provas ilícitas e já vista neste trabalho, na medida em que o arcabouço jurídico não seria um conjunto isolado em compartimentos estanques⁶³, não devendo se admitir, portanto, tais provas.

Com o Código de Processo Penal Italiano, em 1988, que representa um marco legislativo no direito à prova, a polêmica restou esfriada através de um dispositivo, em que proibiu-se, expressamente, a obtenção de provas colhidas por meios ilícitos.

3.2.2.2 Alemanha

Na Alemanha, as Constituições vinham retornando aos preceitos jusnaturalistas e demonstravam um alinhamento com o humanismo, que sugere uma primazia da tutela do indivíduo em detrimento de certas atecnias que violavam os direitos fundamentais vinculados à dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, os artigos 1º e 2º da Lei Fundamental,

⁶²*ibid.* p. 46

⁶³*ibid.* p.47

ratificavam o exposto acima, consagrando a dignidade do homem e o direito à livre formação da personalidade.⁶⁴

No âmbito do processo penal, a polêmica girou em torno da exigência de assegurar direitos invioláveis aos governados, residindo como núcleo dessa controvérsia, o emprego ou não, de métodos narcoanalíticos e psicométricos. Antes da entrada em vigor da ordem jurídica abordada, predominava a supremacia do interesse público, representado sob o dogma da busca pela verdade real, em detrimento do interesse privado, visto sob as garantias fundamentais da pessoa humana. A doutrina dominante à época aderiu aos novos paradigmas constitucionais, com intuito de ressaltar o novo caráter humanista, pregando pela proteção aos direitos dos homens.

Em 1950 o legislador alterou o artigo 136, “a”, da Carta Magna alemã, onde se retirou de forma manifesta os maus-tratos e a aplicação de tortura, como também a utilização de substâncias entorpecentes, ou qualquer outra forma de violência moral ou pressão mediante instrumentos inadmissíveis. Somado a isso, também se estabeleceu a vedação às provas obtida por forma proibida⁶⁵. Assim, diante de tais inovações legislativas percebem-se os novos ideais a que se visa tutelar, preponderando dentre eles a dignidade da pessoa humana.

Após a inserção do referido dispositivo, sua aplicação ainda se tornou questionável. Isso porque as cortes ordinárias alemãs não conseguiam abstrair o que, de fato, se pretendia com aquele artigo. Nesse sentido, os órgãos mencionados entendiam que o artigo 136, “a”, só se aplicaria aos órgãos públicos, não se subsumindo aos particulares. Assim, nessa linha de pensamento, na seara cível, as provas obtidas por particulares que empregassem meios proibidos, seriam admissíveis e poderiam lastrear a decisão do julgador.

Tal posicionamento, como era de se esperar, sofreu muitas críticas⁶⁶. A ampla discricionariedade do magistrado em apreciar o valor de um meio de prova semelhante, remontava à época passada, onde prevalecia o livre convencimento do julgador. Outra desaprovação à referida corrente, consiste na limitação à operatividade da regra da inadmissibilidade das provas obtidas por meios proibidos somente ao Poder Público,

⁶⁴*Ibid.* p 48

⁶⁵*Ibid.* p.49

⁶⁶*Ibid.*

excetuando a aplicação no âmbito dos particulares, o que demonstra a tamanha insegurança jurídica que perpassava à época.

Em comando judicial exarado por volta de 1954, a Suprema Corte alemã manifestou-se quanto à polêmica da aplicação da regra preconizada pelo artigo 136, “a”, na esfera dos particulares, e acabou por consagrar que o direito do indivíduo à proteção de sua dignidade, bem como o respeito aos direitos da personalidade, deve ser observado por todos, indistintamente, não se excluindo ou diferenciando os próprios particulares, bem como pelo Poder Público.

A partir de tal pronunciamento, depreende-se que unificou-se a valoração do instituto das provas ilícitas, tanto no contexto das causas penais, quanto nas causas cíveis. Além de tal consequência⁶⁷, também há de se falar numa maior liberdade ao juiz de deduzir, diante da Constituição, restrições probatórias incompatíveis com a ordem jurídica instaurada, independentemente de uma previsão específica por parte do legislativo.

3.2.2.3 Estados Unidos

Nos Estados Unidos, dois importantes institutos foram de grande contribuição para o desenvolvimento do tema, a “IV Emenda” e a cláusula de exclusão. A repulsão pelas provas obtidas por meios ilícitos foi firmada diante do caso “Mapp x Ohio”⁶⁸ em 1961⁶⁹. O caso

⁶⁷*ibid.*

⁶⁸ O caso tratava de uma investigação em razão de um atentado terrorista recente. Em decorrência de uma informação que circulo de que havia um suspeito com explosivos em sua residência, os policiais realizaram diligências à procura. Dirigiram-se à residência da Sra. Mapp e solicitaram entrar em sua residência, tendo sido denegado pela moradora. Em razão da negativa, os policiais cercaram a residência enquanto esperava pela concessão do mandado judicial. Todavia, ainda sem a autorização, a polícia, com o decorrer do tempo, solicitou adentrar na casa novamente, e como foi negado novamente, arrombaram a porta e adentraram no imóvel. A Sra. Mapp solicitou ver a ordem judicial, os policiais, por sua vez, apresentaram uma falsa ordem, e passaram a realizar a busca por toda casa. Não localizaram nenhum explosivo, mas sim um material, com revistas e imagens pornográficas, cuja simples posse representava um ilícito em consonância com a legislação estadual. Com esteio nesse material apreendido, a Corte estadual a condenou, a Sra Mapp, por seu turno, recorreu a Suprema Corte.

⁶⁹ All evidence obtained by searches and seizures in violation of the Federal Constitution is inadmissible in a criminal trial in a state court. *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, overruled insofar as it holds to the contrary. Pp. 643-660. 170 Ohio St. 427, 166 N.E.2d 387, reversed.” Toda evidência colhida através de buscas e apreensões em um processo criminal, que violem a Constituição Federal, é inadmissível perante uma corte estadual. A decisão do caso *Wolf x*

tratava de uma apreensão realizada sem o devido mandado judicial. O comando judicial encerrou a polêmica, no âmbito geral, decidindo pela inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, tendo a Constituição Federal sido violada.

A Constituição Federal norte americana, em que pese o ordenamento jurídico americano se basear de forma consuetudinária, desde sua origem usufruiu de uma Constituição escrita. Tal documento solene se coloca como um sistema intransponível de valores, ao qual qualquer atividade decorrente do poder estatal deve se adequar, possuindo enorme importância o “Bill of rights”⁷⁰, onde se vislumbra um contexto individual de poderes ou garantias, cujo livre exercício é assegurado em face de qualquer atuação leviana do Estado, evidenciando, dessa forma, o núcleo do arcabouço constitucional representando pela tutela da personalidade humana.

De uma forma geral, a Suprema Corte Americana em sua jurisprudência, considera ilegalmente colhida a prova quando não se observa o disposto às Emendas Constitucionais IV, V, VI e XIV, que dizem respeito, na devida ordem, ao direito do povo à segurança de suas pessoas, residência, documentos, arrestos e seqüestros “desarrazoados”; da necessidade de acusação formalizada, da coisa julgada, das garantias, do devido processo legal; do direito ao processo célere e público diante de um julgador imparcial e natural; direito da liberdade dos Estados de reformarem suas leis procedimentais, vinculada ao respeito, no fundo e na forma, à garantia do devido processo legal.⁷¹

A doutrina e jurisprudência entendem que a Emenda IV, não se restringe somente a ação governamental, estendendo-se a regra da exclusão das provas ilicitamente colhidas aos casos em que as transgressões são realizadas por particulares. A teoria da exclusão das provas, nos ensinamentos de René David⁷², atua como aspecto de exteriorização de seu direito, em conjunto com as regras jurisprudenciais.

Levantou-se a discussão sobre quando a busca e apreensão seriam consideradas constitucionalmente “razoáveis”, suscitando a polêmica sobre o caráter absoluto dos direitos fundamentais. No “*Bill of rights*” os direitos públicos subjetivos, como os direitos individuais de liberdade e outras garantias constitucionais, não são absolutamente invioláveis.

Colorado , 338 U.S.25, foi reformada em razão de sustentar o contrário. (Tradução Nossa)

70GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. Cit.* p162

71AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op. Cit.* p 51-52

72 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 1986, p.381

Cada direito fundamental, tido como liberdade pública, é exercido num âmbito de uma coletividade organizada, que pode demandar de seus titulares, renúncias em prol de um interesse maior. Assim, defendia-se uma relação de proporcionalidade, em que o direito constitucionalmente protegido poderia ser desconsiderado, caso o prejuízo de seu exercício fosse maior do que a tutela do interesse público em questão.

3.2.2.4 Espanha

Na Espanha, em que pese a Constituição Espanhola de 1978 não possuir nenhuma menção expressa à adoção da regra de exclusão de provas ilícitas, a doutrina majoritária se mostra desfavorável à admissibilidade das provas ilegalmente obtidas. Defendia-se que o documento em posse de uma parte que tivesse conseguido de forma ilegal, tornaria inutilizável ao processo, em decorrência do autor não poder se beneficiar de fatos ilícitos.⁷³

O Tribunal Constitucional Espanhol resistia em admitir que a Constituição necessitava da regra de exclusão das provas obtidas ilicitamente, via-se tal entendimento nas decisões 173/1984 e 289/1984. No entanto, não tardou a mudar de posicionamento, na sentença STC 114/1984⁷⁴, onde se asseverou que a Lei Fundamental espanhola exigia uma regra de exclusão. Em decorrência de tal comando judicial, adveio o artigo 11.1⁷⁵ da Lei Orgânica do Poder Judiciário, que fincou a teoria da exclusão das provas. Tal comando judicial assentou que o direito ao devido processo legal, resguardado por todas as garantias, restringe a admissibilidade no processo das provas colhidas através de violações aos direitos fundamentais.

A decisão que consagrou a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos foi baseada na teoria da exclusão das provas, que representaria uma garantia a tutela das liberdades públicas, direitos e garantias fundamentais. Pela regra do artigo 11.1 que foi

73 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op. Cit.* p.53

74 O caso tratava-se de um demanda trabalhista cujo objeto cuidava-se de exoneração de um servidor público, que fora flagrado extorquindo de um superior hierárquico uma promoção para que não desvendasse informações comprometedoras de seu chefe. A evidência da extorsão, que culminou com a exoneração, foi uma gravação ambiental realizada pela vítima.

75 Artigo 11.1 : Em todo tipo de procedimento se respeitarão as regras de boa-fé. Não surtirão efeito as provas obtidas direta ou indiretamente, violentando os direitos ou liberdades fundamentais

corolário de tal decisão, a expressão “ indiretamente”, estaria se referindo as provas ilícitas por derivação, conhecida também, por efeito reflexo. Pregou-se que a regra insculpida em tal dispositivo é aplicável somente as violações de direitos fundamentais, e não a qualquer bem jurídico protegido pela Constituição.

3.2.2.5 Portugal

O País Luso apresentara-se como pioneiro, entre as nações que rechaçavam expressamente, seja no processo penal ou civil, as provas colhidas através da transgressão ao direito fundamental da intimidade. A Lei nº 3, de cinco de abril de 1973⁷⁶ tutela a intimidade da vida privada, seja no âmbito material, ou na esfera processual, reprimindo toda e qualquer forma que transgredisse o direito mencionado, através de meios ilícitos.

A partir da Constituição de 1976, Portugal tornou-se o precursor por ter inserido em seu arcabouço normativo, uma premissa geral que, em combinação à legislação processual, inteirava à categoria de prova considerada processualmente ilegítima a prova que violasse o direito a intimidade⁷⁷. O artigo 33⁷⁸ da Lei Maior tutelava de maneira expressa, o direito à intimidade, enquanto o artigo 34⁷⁹, inciso IV, protegia o sigilo da correspondência das telecomunicações. Merece destaque, também, o artigo 32, VI⁸⁰, que primava pela vedação aos meios autoritários empregados para obtenção de provas por meio de ofensas a integridade física e moral do indivíduo.

Diante de tais dispositivos, Portugal encerrou, a grande polêmica quanto a admissibilidade e eficácia, em juízo, das provas em geral.

76 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op Cit.* p.188

77 *Ibid.* p.199

78 Artigo 33: “A todos é reconhecido o direito à intimidade pessoal, ao bom nome e reputação e à reserva da intimidade da vida privada e familiar”

79 Artigo 34, inciso IV : “ É proibida toda ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”

80 Artigo 32: “ São proibidas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção grave, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.”

3.3 TEORIA DA EXCLUSIONARY RULE

Embora a maioria dos direitos fundamentais sedimentados nas Constituições dos países estrangeiros, dentre esses: Estados Unidos, Alemanha, França, Itália, Portugal e Brasil, tratassem de garantias inerentes ao processo penal, representando restrições ao *jus puniendi* estatal, não havia previsão expressa de inserir, na lista das garantias fundamentais, a vedação às provas obtidas através de violação a qualquer direito fundamental, impondo como sanção a nulidade.

Em decorrência dessa omissão constitucional, da ausência da teoria da exclusão das provas, a sua construção se efetivou, principalmente, por meio da jurisprudência dos tribunais, vindo, em seguida, a atingir a doutrina⁸¹. Como propulsores de tal teoria, pode-se mencionar dois sistemas jurídicos distintos: o americano (*common law*) e o alemão (*civil law*). A doutrina aponta a jurisprudência americana como pioneira a formular a teoria da nulidade das provas ilícitas. Malgrado não houvesse menção expressa na Constituição, a tese passou a ser defendida em comandos judiciais, utilizando-se, como fundamento, a premissa de que a teoria da *exclusionary rule* estava implícita aos valores consagrados na Lei Maior, de modo que a razão de ser de sua aplicação visava tutelar os direitos fundamentais⁸².

Em uma análise da jurisprudência norte-americana percebe-se o desenvolvimento de tal teoria, que atingiu seu pico em 1960, onde passou-se a defender que tal tese era absoluta. Todavia, não tardou a relativizar-se, diminuindo seu alcance. O caso BOYD x US⁸³ (em 1886) fixou como requisito da exclusão das provas que a transgressão tivesse ocorrido no momento da colheita ou produção da prova, tanto à Quarta Emenda, quanto à Quinta Emenda, devendo, portanto, violar ambas⁸⁴. Mais adiante, no caso ADAMS x NEW YORK, a Suprema Corte norte-americana avançou positivamente no sentido de não ser necessária a violação cumulativa às referidas emendas, não invalidando a prova por só ter malferido uma delas. Em

81 SILVA JÚNIOR. Walter Nunes. *Op.Cit.* p 478

82 *Ibid.*

83 Tratava-se de um processo cível de confisco, onde documentos contábeis oriundos de uma ordem de exibição foram considerados desproporcionais, isso porque entendia-se que uma determinação de apresentação de documentos próprios violaria a Quarta e Quinta Emenda, onde se assegura o direito de segurança dos documentos e não produzir prova contra si mesmo (não auto-incriminação)

84 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Op.Cit* p.479

1914, no caso WEEKS x US, a Corte reiterou a posição anterior, ressaltando que mesmo que só tenha sido violada uma das Emendas, deve-se considerar a prova como ilícita, fundamentando tal óptica com esteio da teoria da exclusão ser extraída implicitamente dos ideais e valores protegidos da Constituição, prezando por uma maior garantia aos direitos individuais do homem.

A Suprema Corte americana, mais adiante, incorporou à regra da *exclusionary rule* o cânone da ineficácia não apenas às provas ilícitas, mas também, para as provas derivadas, que viria a culminar com a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisoned tree*).

A teoria dos frutos da árvore envenenada passa a ser melhor abordada no tópico subsequente, onde diante da óptica da jurisprudência norte-americana, representa um corolário do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

3.4 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

A teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) foi construída a partir do caso SILVERTHON LUMBER & CO. x US, em 1920. No entanto, a atual nomenclatura da teoria, foi elaborada pelo juiz Frankfurter⁸⁵, da Suprema Corte, no caso NARDONE x US, em 1937⁸⁶. O escopo de tal teoria é, fundamentalmente, comedir os meios investigatórios que imperava na polícia norte-americana. A Corte Suprema compreendia por árvore envenenada não apenas evidências materiais, como também, provas testemunhais colhidas ilegalmente.

A razão de ser de tal teoria visa impedir que a partir de uma prova ilícita, chegue-se a novas provas em decorrência, e somente em virtude daquela eivada de vício. Há algumas críticas a esse doutrina, dentre elas, o fato de, se o agente de um crime produzir uma situação fática de ilegalidade na obtenção da prova, *verbi gratia*, trancar todas as provas de seu delito em sua residência, com a violação a seu domicílio⁸⁷, estaríamos diante de uma ilegalidade na

85 O referido magistrado defendia que proibir o direito de determinados métodos, mas não impor restrição a seu pleno uso indireto apenas ocasionaria o uso daqueles mesmos meios tidos por ilícitos com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal.

86 Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/302/379/case.html>. Acesso em: 30.03.2014

87PACELLI, Eugênio. *Op. Cit.* p.356

obtenção da prova, onde, posteriormente, novas evidências encontradas em virtude daquelas que foram adquiridas ilicitamente, também estariam evitadas de vício.

Os críticos dessa teoria que defendem a proteção penal eficiente, pugnam no que concerne à proteção dos direitos fundamentais que são violados com a ação criminosa, a fixação de critérios guiados por um balanceamento dos direitos de cada indivíduo envolvidos no caso concreto. Isso, com fins de descobrir se toda a atuação da Administração no exercício do seu *Jus puniendi* estaria contaminada, sempre, por determinada prova obtida ilicitamente. Assim, o que se vislumbra, é a adoção do princípio da proporcionalidade, para verificação da adequação da aplicabilidade da tese ao caso concreto

O pressuposto da tese da “*fruits of the poisonous tree*” é, justamente, a relação direta de causa e efeito entre a prova ilegalmente obtida e as que dela derivam de forma imediata. No entanto, há situações em que a máxima das provas ilícitas derivadas é relativizada, compondo, portanto, exceções que veremos nos tópicos subseqüentes.

3.5 TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE

A teoria da fonte independente consiste em desconsiderar a nulidade da prova quando, ainda que a obtenção da prova tenha se dado através de meios ilícitos, esta exista por si mesma, podendo ser coletada por meio de instrumentos legítimos previstos no ordenamento jurídico. Destarte, tal tese veio a contemporizar a teoria dos frutos da árvore envenenada⁸⁸, representando uma exceção à aplicação daquela.

Assim, em que pese uma determinada prova ter sido colhida violando certos direitos, sendo, portanto, tido como ilícita, não seria considerada a prova que tivesse origem de procedimento para sua obtenção independente, sem ligação direta com a transgressão ocorrida na persecução criminal.

Seguindo os preceitos dessa teoria, em relação à exclusão de contaminação da prova decorrente de evidência obtida por meios ilícitos, a Suprema Corte estadunidense fixava alguns requisitos⁸⁹. O primeiro deles consistia em casos quando o Ministério Público, tendo colhido provas através de meios lícitos e ilícitos, só utilizasse as provas obtidas de maneira legal, que representa de forma fidedigna a teoria em estudo. O segundo critério é representado em casos que o *Parquet* utiliza-se de um conjunto probatório na persecução criminal, nelas

88 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Op. Cit.* p.500

89 *Ibid.* p. 501

inserida as provas ilícitas, o que culmina com a imprescindibilidade de que sejam especificadas as evidências, assim, diante desse procedimento, a prova eivada de vício seria suprimida, ainda permitindo a mesma ilação lógica.

Um caso que fincou a premissa da teoria da *independent source* diz respeito ao SEGURA x US, em 1984. No caso em análise, os policiais prenderam um suspeito de tráfico de entorpecentes, quando entrava em sua residência. Levaram-no até o seu apartamento e adentraram sem um mandado judicial, e lá efetuou-se a prisão de mais algumas pessoas. Nessa diligência no apartamento, encontraram objetos relacionados ao crime, os suspeitos foram levados para a delegacia, ficando dois policiais no local enquanto se aguardava a ordem judicial para proceder com uma busca e apreensão legítima. Após a expedição da ordem judicial foram apreendidas no local drogas, e registros que seriam a prestação de contas da atividade ilícita dos entorpecentes.

A Suprema Corte em sua decisão, julgou válida a apreensão, pois no caso existia uma fonte independente que legitimaria a apreensão (a causa provável), e os policiais teriam somente vigiado o local até a chegada do mandado judicial. Tal entendimento foi alvo de bastantes críticas, já que seria um estímulo às condutas ilegais por parte daqueles que promovem a persecução criminal.

O Tribunal Supremo Espanhol também reconhece a tese da fonte independente (*independent source*), aduzindo que a prova derivada não deve ser considerada eivada de vício, ou contaminada, na hipótese em que seja possível estabelecer uma desconexão entre as provas que fundamentam a condenação e as ilicitamente obtidas. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal possui entendimentos onde se aplica tal teoria. Todavia, o assunto será melhor abordado no tópico respectivo ao ordenamento jurídico pátrio.

3.6 TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL.

Outra teoria que representa uma forma de exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada diz respeito à teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery*). Tal doutrina defende que a despeito de um determinado procedimento empregado tenha sido ilegal, visando a descoberta de um fato, sendo a evidencia possível de se obter de forma lícita, não haveria que se falar em exclusão da prova, ou de sua nulidade.⁹⁰

90 *ibid.* p.505

A teoria da descoberta inevitável se assemelha à teoria das fontes independentes, no entanto, distingue-se na medida em que não necessita produzir provas independentes, precisando somente que a descoberta inevitável seja, de fato, possível.

No entendimento de Ada Pellegrini, a *inevitable discovery* só pode ser aplicada ao caso concreto quando a prova ilícita não for motivo determinante para a descoberta das provas derivadas. Diante de tal idéia, pode-se inferir que essa corrente admite a validade da prova derivada, na ocasião em que excluída a prova originária ilícita, seja possível advir de forma legal. Tal tese como se denota, presume a existência, de fato, da prova tida por derivada, não meramente a possibilidade dela ter sido colhida⁹¹.

A teoria da descoberta inevitável também é alvo de críticas quanto à sua aplicação. O alvo das críticas consiste na razão de sua aplicação para admitir a prova ilícita, quando a evidência não é determinante para a condenação, possuindo, portanto, um caráter subsidiário, o que demonstra ser perigoso⁹², pois a aplicação nessa situação fática representaria uma forma de interpretação extensiva, na medida em que tal tese seria aplicada sempre que se vislumbrar a presença de outras evidências que lastreiem a sentença condenatória. Nessa linha de pensamento crítico, tem-se que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, na maioria dos casos, deixaria de ser aplicado, já que raramente uma demanda só contém provas obtidas por meios ilícitos.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já se manifestou quanto à aplicação de tal teoria, tema que será melhor analisado adiante.

3.7 A TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO (CASUAL) DE PROVAS

Ainda sobre o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a doutrina também discorre sobre a teoria do encontro fortuito (casual) de provas. Por tal tese, tem-se que justifica-se sua existência na ocasião em que a prova de determinado delito é apurada diante da busca legitimamente autorizada para a persecução de outra infração penal. Diante de tal doutrina, depreende-se uma preocupação com a tutela do devido processo legal, sendo até mesmo tida como excesso de zelo.

91/*ibid.*

92/*ibid.* p.507

Nos dizeres de Eugênio Pacelli⁹³, quando policiais portando mandado judicial de busca e apreensão, entram em uma residência para cumprir a ordem emanada, exercem aquele fim específico, de apurar evidências para o crime particular da investigação, com fulcro no artigo 243, II,⁹⁴ do Código de Processo Penal brasileiro. Nesse importe, sopesando-se os valores insertos na Carta Magna, a referida diligência policial que colhesse provas não referentes ao crime específico da ordem judicial, são rotuladas por provas ilícitas, eivadas de vício.

Tal assertiva se justifica, na medida em que se tem como escopo impor limites para a persecução criminal, visando-se assegurar o respeito e observância às garantias constitucionais, evitando-se situação de amplo arbítrio policial, ilegalidades e violação aos direitos do domicílio. Dessa forma, as referidas garantias estariam transgredidas naquela situação, em que não havia autorização para o ingresso na residência, tendo como finalidade apurar a concretude de crime diverso.

Nesse ínterim, é de se notar a grande valia e importância de tal teoria, na medida em que a tese prima por ressaltar a necessidade de tutela aos direitos fundamentais da intimidade e/ou privacidade, com vistas a obstar as práticas autoritárias e policiais durante o curso da investigação criminal⁹⁵.

Tal doutrina, assim como as demais, também sofre críticas, isso porque o princípio da proteção penal eficiente estaria sendo deixado de lado em contraposição a consagração do cânone da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos. Nesse sentido, aqueles que defendem tal teoria, também admitem prudência quanto à sua aplicação, já que tal tese poderia ser utilizada como ferramenta de proteção para as práticas criminosas, incentivando o desrespeito à legislação penal, proporcionando o aumento da impunidade e insegurança, contribuindo para o descrédito do poder judiciário, além da insatisfação da população pelo clamor de “justiça”.

Para Pacelli, seria necessário analisar no caso concreto em si, se a *ratio essendi* da teoria do encontro fortuito de provas estaria ou não presente à situação fática. A título de exemplo, o mencionado doutrinador discorre sobre uma interceptação telefônica autorizada na forma legal, havendo, logicamente, no plano real, violação da intimidade e das pessoas

93 PACELLI, Eugênio. *Op. Cit.* p 357

94 Artigo 243. II,: “O mandado de busca deverá: II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

95 *Ibid.*

envolvidas, e nesse procedimento, obtém-se a informação da prática de outro crime, diverso do que legitimou a autorização judicial. Nesse caso, para o processualista referido, a aplicação da teoria do encontro fortuito de provas não se justificaria, visto que a *ratio essendi* da tese não estaria alcançada. Como explicação de tal assertiva, expõe que na situação fática, as conversas íntimas e pessoas já seriam de conhecimento das autoridades policiais, logo a notícia da prática de outro delito, em nada violaria o direito da intimidade ou privacidade, visto que as escutas foram autorizadas judicialmente, e nessa situação, a descoberta da prática de infração penal diversa em nada transgrediria aquele direito, não se alcançando, portanto, a razão de existência da teoria.

Assim, como nas demais teorias, iremos abordar a aplicação de tal tese em tópico específico sobre o ordenamento jurídico brasileiro, levantando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA CARTA MAGNA BRASILEIRA.

Em um Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais, somados à divisão dos três poderes, representam ferramentas imprescindíveis para a limitação do poder político. A natureza dos direitos fundamentais diz respeito a situações jurídicas, objetivas e subjetivas, elencadas no direito positivado, em benefício da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana⁹⁶. O conceito de direitos fundamentais varia de acordo com o critério em que se visa ressaltar. Para fins da presente obra, adota-se aquele que se volta à guisa o comportamento do estado para o Prof.Dr. Leonardo Martins⁹⁷: “são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”

96 SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6ª ed, atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. Malheiros, p. 57

97 MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2ª. ed. São Paulo: Rt, 2010. p. 46

Como principais características, destacam-se a historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade. Pelo primeiro atributo⁹⁸, tem-se que assim como os demais direitos, os fundamentais nascem, modificam-se e desaparecem. Tais direitos surgiram em decorrência da revolução burguesa, e com o passar do tempo vão se modificando, adaptando-se às constantes transformações por que passa a sociedade. Quanto ao caráter da inalienabilidade, consiste em ser intransferível, inegociável, visto que não se trata de direito de caráter patrimonial. Como a Constituição garante a todos, indistintamente, revelam-se indisponíveis. No tocante à imprescritibilidade, como a própria nomenclatura sugestiva aduz, os direitos fundamentais nunca deixam de ser exigíveis, por não possuírem natureza patrimonial, nunca ocorrendo a perda da pretensão em razão do não exercício. Por fim, quanto à irrenunciabilidade em razão de sua *ratio essendi*, os direitos fundamentais podem até deixar de ser exercidos, mas não se admite renúncia.

No que concerne à classificação desses direitos fundamentais, deriva-se de acordo com o critério de seu conteúdo material, que de forma concomitante define a natureza do bem jurídico que se visa salvaguardar e o próprio objeto de proteção. Em consonância com tal paradigma, temos na ordem cronológica que se encontra na Constituição Federal: a) os direitos do homem-indivíduo, sendo aqueles que asseguram autonomia aos particulares, reconhecendo a liberdade dos indivíduos perante os semelhantes e ao Estado, cunhados por “direitos individuais”; b) os direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade, sendo tidos por “direitos coletivos”; c) os direitos fundamentais do homem enquanto membro da sociedade, detentor de relações sociais e culturais- os “direitos sociais”; d) os direitos à nacionalidade; e) os “direitos políticos” representando o papel do homem enquanto cidadão; f) direitos solidários, que demonstram os aspectos essenciais do gênero humano, como à paz, o meio ambiente equilibrado, etc.

Em razão da disposição topográfica da Carta Magna, os direitos individuais aparentam ser contrapostos aos direitos sociais. No entanto, a Lei Maior prega que as categorias dos direitos fundamentais se integram de forma harmônica, visto que os próprios direitos individuais encontram-se carregados de feição social⁹⁹.

A consolidação dos direitos fundamentais no arcabouço constitucional findou por não apenas declarar e reconhecer, mas garantir a sua efetiva proteção e observância.

98SILVA, José Afonso da. *Op. Cit* p. 58

99Ibid. p.59

Conforme lição de Ruy Barbosa¹⁰⁰, há de se diferenciar os direitos e garantias fundamentais. Para o ilustre jurista, os direitos fundamentais são disposições meramente declaratórias, proporcionando a existência legal aos direitos reconhecidos; já as garantias fundamentais são disposições assecuratórias que, em defesa dos direitos, limitam o poder estatal, tornando propício o respeito aos direitos fundamentais.

Exposto o tema de maneira breve e geral sobre os direitos fundamentais, cabe, agora, analisarmos o direito fundamental à prova sob a luz do nosso ordenamento jurídico, para depois abordarmos o direito fundamental à proteção penal, e posteriormente o método utilizado para solucionar eventuais conflitos dos direitos fundamentais em um caso concreto.

4.1 DIREITO À PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Em capítulo anterior, vimos a evolução do direito à prova. Agora, passamos a examinar o direito à prova sob a ótica dos direitos fundamentais insertos na Constituição da República brasileira de 1988. O direito fundamental à prova pode ser visto como um corolário do princípio da busca da verdade onde se visa a máxima aproximação da realidade dos fatos. Assim, em consonância com todo o sistema jurídico democrático, é assegurado às partes envolvidas no processo o direito de produzir as provas e evidências que entendam pertinentes a contribuir para a formação do entendimento do magistrado.

A Lei Maior de 1988 consagrou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também alcunhado pela doutrina como princípio da proteção judiciária, sendo possível vislumbrá-lo a partir do direito de ação (artigo 5º, inciso XXXV¹⁰¹), direito de defesa (LV¹⁰²) devido processo legal (artigo 5º, LIV¹⁰³).

100In: SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6ª ed, atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. Malheiros, p. 59

101 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

102 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Diante do direito ao acesso ao Poder Judiciário, consubstanciado nos referidos dispositivos, extrai-se o direito à prova como uma garantia a uma prestação jurisdicional isenta de parcialidade e justa.

O direito à prova, conforme a doutrina¹⁰⁴ entende, decorre, principalmente, do devido processo legal, uma vez que o magistrado exerce a função jurisdicional que lhe é outorgada através da Constituição, mediante os fatos apresentados. Nesse contexto, a prova ou evidência é utilizada como ferramenta para contribuir na formação do convencimento do julgador: assim, o direito à prova encontra-se subsumido no direito de acesso ao judiciário, representando uma garantia no processo criminal tanto para a defesa quanto para a acusação.

O direito à produção da prova no ordenamento jurídico pátrio, também encontra respaldo no Pacto São José da Costa Rica, onde o Brasil aderiu ao tratado, incorporando-o ao arcabouço jurídico através do Decreto Legislativo nº 678/92¹⁰⁵.

Quanto ao direito à prova por parte do órgão acusatório, também não restam dúvidas. Tal assertiva se justifica em razão do caráter indisponível e necessário da ação penal pública. É assegurada à vítima, a proteção de seus direitos fundamentais, prova disso é a possibilidade de quando o responsável pelo ajuizamento da ação não o fizer no prazo estabelecido, ser oportunizado à vítima a chance de promover a respectiva ação. Assim, como consequência lógica do direito fundamental à tutela penal, concede-se ao órgão acusatório, Ministério Público, enquanto titular dos direitos da coletividade, a incumbência de demonstrar de maneira fidedigna e eficiente a realidade dos fatos, decorrendo, portanto, o direito à prova por parte da acusação. Outro fato que enaltece a importância do direito à prova para a parte acusatória, diz respeito à consagração do princípio da presunção da não culpabilidade, em decorrência de tal cânone o acusado só deve ser considerado culpado quando devidamente

103 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

104 FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005. P. 76-77

105 O Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 8.2, "f", dispõe que: Artigo 8º - Garantias judiciais: 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: "f": o direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos."

comprovado, que, de fato, cometeu o crime, legitimando-se a condenação com base nas evidências colhidas. Assim, pode-se dizer que para a acusação o direito a produção de provas consiste não somente numa faculdade, mas um dever em exercê-lo para promover a tutela da sociedade.

Por representar uma garantia fundamental, o direito à prova, enquanto instrumento vital para se alcançar a verdade material, deve sofrer o mínimo de restrições¹⁰⁶, apenas devendo ocorrer em situações de exceção visando resguardar determinados valores. Dessa premissa, desdobra-se o cânone da liberdade dos meios de prova, onde se defende a plena admissibilidade dos meios legítimos a contribuir para a construção do convencimento do magistrado. Destarte, o que se depreende por tal cânone é a limitação das provas como exceção, e a admissibilidade da prova enquanto regra.

Pelo exposto, é de se ressaltar que o princípio da liberdade dos meios de prova inserido em um Estado Democrático de Direito deve, concomitantemente, buscar alcançar a verdade, com vistas a garantir o respeito ao direito fundamental da tutela penal, e por outro lado, impor restrições para que se garanta o respeito aos direitos fundamentais.

Exaurida a questão do direito fundamental à prova, sendo abordado anteriormente sua evolução, e agora sua relação com as garantias essenciais, insta discorrer sobre o outro lado da polêmica no que diz respeito ao interesse da sociedade de ver a justiça e a conseqüente tutela penal.

4.2 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA PENAL

Como visto, o direito penal possui função essencial para o desenvolvimento da personalidade humana, na medida em que impõe limites para a atuação do Estado, permitindo-se um cenário propício à consolidação dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais possuem um duplo papel na medida em que possui dimensões subjetivas e objetivas, nos termos já referidos. Pela perspectiva subjetiva, depreende-se a posição jurídica que é assegurada ao cidadão enquanto titular desses direitos, exercendo-se ações de caráter negativo, representando a garantia de resistência à intervenção

106 FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo penal**. 25ª ed. São Paulo: RT, 2003, v.3, p.221

estatal¹⁰⁷ em sua esfera particular, denotado pela liberdade individual.¹⁰⁸ Pela perspectiva subjetiva, há ainda, aquelas pretensões inerentes a ações positivas, relacionadas diretamente com o exigir do Estado determinadas ações, proibindo-se um Estado omissivo.¹⁰⁹

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais está relacionada à não dependência dos sujeitos titulares,¹¹⁰ oferecendo-se critérios de controle da ação estatal. Tais parâmetros devem ser observados e aplicados mesmo que não tenham ocorrido possíveis intervenções e violações daqueles direitos. Assim, representa valores que a sociedade se propõe a seguir, mediante ação do Estado.

A proteção penal pode ser vista sob esses dois enfoques. É concomitantemente um poder-dever objetivo de tutela por parte do Estado e sua dimensão subjetiva se revela na medida em que é assegurado ao cidadão o direito fundamental de proteção penal. A tutela jurídico-penal se revela como imprescindível para a realização na plenitude dos direitos fundamentais. Nesse ínterim, exsurge como forma de proteção penal, sendo atribuição do Estado enquanto Poder Legislativo a edição de disposições normativas jurídico-penais que visem assegurar e proteger os direitos fundamentais. No papel do Poder Executivo, proporcionar através de seu poder de polícia, a necessária persecução visando aclarar possíveis violações criminais aos direitos fundamentais. Por fim, exercendo o Poder Judiciário, promover uma tutela efetiva na apreciação das transgressões aos bens jurídicos tutelados penalmente, culminando na proteção aos direitos fundamentais.

107MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Op.Cit* p.110

108 Tal dimensão possui uma base filosófica-teórica da teoria liberal dos direitos fundamentais, a qual presume os direitos fundamentais enquanto forma de resistir à intervenção do Estado. Assim, nessa relação jurídica entre o Estado e os particulares em razão das normas que admite a existência dos direitos fundamentais, o indivíduo possui a faculdade de exercer uma liberdade negativa, ou seja a Administração possui a obrigação de não fazer alguma coisa, não intervindo na liberdade individual.

109 Com base em tal dimensão, têm-se os direitos sociais e políticos, além das garantias processuais, possuindo especial destaque o princípio da proteção judiciária representado pelo acesso ao judiciário. Aqui, a consequência para o Estado é de fazer algo.

110 *Ibid.* p.111 . O termo dimensão objetiva foi criado por Horst Dreier, não implicando em nenhuma valorização ou diminuição do aspecto subjetivo. Na obra mencionada do Professor Dr. Leonardo Martins, destacam-se quatro critérios inerentes ao aspecto objetivo: são normas de competência negativa; funcionam como critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional; permite limitar os direitos fundamentais quando mais favorável aos titulares; dever estatal de tutela.

No direito brasileiro, o direito à proteção penal pode ser vislumbrado quando no *caput* do artigo 5º¹¹¹ da Carta Magna, assenta-se como direito fundamental de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à segurança. Depreende-se, também, pelo artigo 144¹¹², *caput*, o dever estatal de segurança pública, onde sua concretização encontra-se diretamente relacionado a um direito penal efetivo. Além de tal dispositivo, pode-se mencionar o artigo 5º, XLI e XLVI¹¹³.

Levando-se em consideração a ótica constitucional, pode-se dizer que a Carta Magna não privilegiou nem a utilização do direito penal a qualquer custo, como também não se posiciona para uma aptidão abolicionista, foca, portanto, no respeito aos direitos individuais e coletivos.

Nesse contexto, passa-se a uma abordagem da atuação do Poder Judiciário, quando em situações do dia-a-dia verifica-se o choque de interesses, de um lado a tutela da liberdade individual ao consagrar-se o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, e de outro, os anseios da coletividade em decorrência do direito à proteção penal, de alcançar a verdade real e se “fazer justiça”.

4.3 DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE

Pode-se dizer que o direito à intimidade decorre da intensificação das relações sociais e do progresso dos meios tecnológicos, onde a intromissão no âmbito privado¹¹⁴ do cidadão, motivado pela realização do interesse público, torna-se cada vez mais freqüente e desrespeitosa, violando-se valores fundamentais para um convívio harmônico na sociedade.

111 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

112 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos

113 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

114 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas.** *Op. Citp.* 97

Em razão da natureza desse direito, mais uma vez chega-se a polêmica entre o “interesse social” e a “liberdade individual”.

Sobre tal problemática, a Professora Ada Pellegrini¹¹⁵ discorre que há de ser analisada sobre duas perspectivas distintas, sendo a primeira delas concernente à autoridade pública¹¹⁶, onde os poderes de interferência sobre o cidadão acabam por transgredir determinados valores inerentes a esfera privada. Como segundo aspecto da controvérsia mencionada, levanta-se o lado dos indivíduos enquanto titulares de direitos públicos subjetivos inseridos em um Estado Democrático de Direito.

O núcleo central da contenda reside na interferência do poder público, que visando realizar os interesses sociais, portanto, os fins públicos, invadem a esfera privada do cidadão. Diante de tal situação, exsurge como grande desafio resolver essa situação, tendo em vista o poder-dever do Estado em assegurar a proteção penal, e de outro lado o direito expressamente previsto e consagrado pela Carta Magna, qual seja o direito à intimidade.

O direito fundamental à intimidade pode ser visto em razão do homem, apesar de inserido na sociedade, possuir direito enquanto indivíduo, e, tal direito deve ser levando em consideração nas suas relações com o Estado e com seus semelhantes.

Para a maior parte da doutrina é considerado como um direito da personalidade. Por tal grupo de direitos, entendem-se como aqueles que visam conferir um conteúdo em específico que contribua para o desenvolvimento à personalidade jurídica, são considerados, portanto, como essenciais. O ordenamento jurídico atribui esses direitos aos cidadãos, por simplesmente possuírem personalidade jurídica, não dependendo cumprir nenhum outro requisito. Em que pese o direito à intimidade não figurar expressamente na classificação dos direitos de personalidade, não há discordância na doutrina que em razão de sua natureza, o direito à intimidade é considerado um direito da personalidade¹¹⁷

115 *Ibid.* p.101

116 A doutrinadora enuncia que no que diz respeito à autoridade pública pode-se vislumbrar tanto na questão relativa ao poder de polícia, quanto à autoridade judiciária.

117 *Ibid.* p.105

No Brasil, a intimidade, em razão de sua importância, é expressamente assegurada como um bem jurídico constitucional a ser tutelado. Em seu artigo 5º, X¹¹⁸, XII¹¹⁹, tem-se fixado a proteção a tal valor. Diante de tais dispositivos é de se denotar que o direito à intimidade é elevado a condição de direito fundamental, em decorrência de sua natureza imprescindível para o desenvolvimento da personalidade jurídica do indivíduo, sendo um dos vetores a ser seguido no Estado Democrático de Direito.

Vale salientar que por ser considerado um direito fundamental, o direito à intimidade também se sujeita em determinadas ocasiões a choque com outros direitos fundamentais, onde surge uma questão de grande polêmica, sendo a seguir analisado, de forma breve, o conflito entre direitos fundamentais.

4.4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS COLISÕES ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A colisão entre direitos fundamentais se verifica, quando para o exercício de um direito fundamental entra-se em conflito com outro, ou com outros bens jurídicos tutelados pela Constituição¹²⁰. Por essa situação de alta complexidade, vislumbra-se a solução através da jurisprudência¹²¹ e da doutrina¹²², que tentam imprimir limites para um exercício harmônico e pacífico dos direitos colidentes.

118 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

119 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal

120 MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri *Op. Cit.* p.134

121 A jurisprudência, através dos fundamentos que justificam a decisão, cria métodos para resolver o imbróglio dos conflitos entre os direitos fundamentais.

122 A doutrina contribui na medida em que estuda, aprofunda, e estabelece limites, propondo soluções.

Dentre os principais instrumentos que se apresentam como meios de resolução para tal controvérsia, destacam-se: a interpretação sistemática da Carta Magna e o princípio da proporcionalidade. Pela primeira depreende-se que a interpretação dos preceitos e dispositivos constitucionais deve ser feita enquanto conjunto, o que possibilitaria apreciar o caso avaliando todas as nuances e parâmetros insertos na Lei Maior.

O princípio da proporcionalidade teve sua origem dogmática pelos julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão¹²³ disseminando-se por vários países e sedimentando-se no pensamento jurídico constitucional atual. A referida Corte defendia que o princípio da proporcionalidade resulta da própria substância dos direitos fundamentais, e que por isso, mesmo não havendo previsão na Constituição, possui caráter constitucional.

No Brasil, como uma das principais referências no assunto, o Professor Celso Antonio Bandeira de Melo¹²⁴, entende que tal cânone exprime a idéia de que “as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”.

No âmbito do direito penal e processual penal, quanto aos titulares de interesses opostos, figuram a vítima, o acusado e a sociedade. Havendo colisão entre direitos fundamentais, deve-se buscar a proporcionalidade e equilíbrio entre eles. No que concerne ao acusado, cuida-se de uma intervenção estatal que restringirá os seus direitos; assim, exercendo seu direito de defesa, deverá ser respeitado seu direito e garantias de liberdade, impondo-se limites para a atuação estatal. No que diz respeito à vítima e a sociedade, há o direito fundamental de proteção penal, onde se exige que o Estado tutele os bens jurídicos primordiais mediante a aplicação de normas criminais, tornando o sistema penal mais eficiente.

Como se percebe, trata-se de uma situação complexa em que se envolve a necessidade de tutelar da melhor maneira possível a liberdade do acusado em face de uma

123Martins, Leonardo. Magnoulis, Dimitri *Op. Cit.* p. 159. “Na Alemanha, a vinculação dos órgãos dos três poderes, e, principalmente, do legislador aos direitos fundamentais obrigou o Poder Judiciário a encontrar um critério para avaliar intervenções estatais, que dificultem ou impeçam o exercício destes direitos, decidindo que tais intervenções somente são admitidas na medida em que respeitarem o mandamento da proporcionalidade

124 MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2008, p.110.

atuação desenfreada na persecução criminal, e por outro lado, o poder-dever do Estado de garantir a proteção penal da sociedade e da vítima.

Nos casos em que se põe em evidência dois princípios conflitantes, o juízo de ponderação a ser exercido relaciona-se com o princípio da proporcionalidade¹²⁵, que demanda o sacrifício de um direito para a partir de tal “supressão” resolver o problema. Dessa forma, enaltece-se que o ônus imposto ao sacrificado não ultrapasse o benefício que se pretende obter com essa medida. Assim, deve-se reduzir no menor grau possível os direitos envolvidos, resguardando o seu núcleo central.¹²⁶

Ainda no que concerne ao juízo de ponderação ou sopesamento, vale ressaltar que a preponderância de um direito sobre outro se dá em razão das particularidades do caso concreto, e não por haver algum grau de hierarquia. Apesar de não existir regras ou parâmetros fixos para determinar a prevalência de um a outro, pode-se, entretanto, sendo as mesmas condições fáticas, basear-se em precedentes já julgados para a resolução de controvérsias futuras, podendo-se dizer que há uma tendência de um direito sobressair-se àquele.¹²⁷

Em face de todo o exposto, havendo situações envolvendo conflito entre direitos fundamentais, há de se levar em consideração os valores que se pretende tutelar, avaliando-se, destarte, se o sacrifício de determinado direito não é maior do que o benefício do seu não exercício pode vir a ocasionar. O ordenamento jurídico deve ser encarado como um sistema harmônico de limitações recíprocas dos direitos subjetivos nele insertos, assim, em cada caso concreto há de se ponderar o valor que se deve salvaguardar para a resolução da lide.

O que não pode ocorrer como consequência do constante conflito entre o direito à prova e a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, é a visão radical e absolutória do princípio da vedação às provas ilícitas, implicando em uma valoração extrema e desproporcional de uma perspectiva individualista dos direitos fundamentais, em contrapartida do combate aos crimes, manutenção da paz social, efetividade dos sistemas jurídicos, dentre outros.

125 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva p. 285

126 Por tal interpretação, ressalta-se o princípio da concordância prática, somando-se a unidade da Constituição, se evidencia o cuidado com o sacrifício a determinado direito, visando-se sempre prevalecer os valores máximos fincados na Constituição da República.

127 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.Cit.* p. 286

No próximo capítulo analisaremos e faremos um apanhado de como o ordenamento jurídico brasileiro se manifesta e se posiciona sobre as teorias da in(admissibilidade) das provas obtidas por meios ilícitos, bem como jurisprudências de conflitos de direitos fundamentais relacionados ao tema proposto, dentre outros aspectos.

5 A PROVA ILÍCITA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou em seu artigo 5º, LVI¹²⁸, o princípio da vedação as provas ilícitas, onde aquela evidência colhida por meios de violação a determinados direitos ou garantias seriam reputados como ilícitos, e, portanto, inadmissíveis ao processo, não podendo se levar em consideração para eventual julgamento. O Código de Processo Penal também vem a corroborar com tal premissa através do artigo 157, e parágrafos subseqüentes¹²⁹,

Todavia, como vimos, os direitos fundamentais possuindo vasta abrangência de proteção a valores sociais e individuais, em determinadas situações acaba contrapondo um à outro, o que encerra em um juízo de ponderação onde com esteio no princípio da proporcionalidade chega-se a uma resolução para aquela situação fática.

O capítulo a seguir visa fazer um apanhado de tudo até aqui exposto, voltando-se para o arcabouço jurídico pátrio. Será analisada de forma objetiva a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal- STF- e do Superior Tribunal de Justiça- STJ - no que concerne às principais teorias da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Também levantaremos as causas que a doutrina e os julgados consagram como possíveis de excluir a ilicitude da prova, admitindo-se ao processo a prova maculada de vício. Por fim, analisaremos demais aspectos considerados importantes.

5.1 O PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO PENAL EFICIENTE

128 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

129 Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Como visto, o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos está diretamente associado aos valores jurídicos relacionados com a personalidade individual e protegidos no âmbito constitucional, dentre esses, destacando-se a dignidade da pessoa humana, a integridade física e psicológica, a intimidade e o devido processo legal. Tais axiomas jurídicos se justificam na medida em que não é concebível em uma ordem jurídica instaurada pelo Estado Democrático de Direito a afronta a bens jurídicos protegidos, principalmente, pela Lei Maior, qual seja, a Constituição do país. Dessa forma, infere-se que havendo previsão no texto normativo referente à vedação de inserir-se no processo provas obtida por meios ilícitos, ressalta-se a intenção de coibir práticas autoritárias e policiaescas que violem os direitos e garantias fundamentais.

Em contraposição ao referido princípio e àqueles valores individuais sedimentados, exsurge o princípio da proteção penal eficiente. Por tal cânone, Alexy¹³⁰ defende ser uma forma especial de direito subjetivo de prestação normativa. Por tal pensamento, denota-se que tal direito fundamental representa uma exigência de que o legislador infraconstitucional elabore normas que promovam a tutela dos bens jurídicos essenciais, estabelecendo penalidades para as condutas que infrinjam a ordem jurídica penal. Ainda para Alexy, tal direito essencial, possibilita até considerar inconstitucionais leis que excluam a proteção penal de forma acintosa.

Diante de tal quadro polêmico, é forçosa uma maior análise sobre o caráter relativo da inadmissibilidade das provas colhida violando-se direitos, bem como um breve estudo sobre as características dos direitos fundamentais, esclarecendo a controvérsia da colisão entre si.

5.2 O APROVEITAMENTO DA PROVA COM EXCLUSÃO DA ILICITUDE

Partindo-se do pressuposto de que o inadmissível é a prova ilícita, há determinadas circunstâncias no mundo jurídico que ensejam a exclusão da ilicitude das provas, de modo a serem consideradas válidas, e, portanto, admissíveis ao processo criminal¹³¹. Tal afastamento da ilicitude se justifica em virtude da verificação de fatos ou ocorrências que o legitime, assim

130 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, P. 186-193.

131 PACELLI, Eugênio. *Op. Cit.* p.360

como por não ter se configurado a tipificação do ilícito, ou não representar uma transgressão ao ordenamento jurídico.

Nessa seara, inicialmente, pode-se mencionar as causas excludentes de ilicitude, previstas no ordenamento jurídico pátrio no artigo 23 do Código Penal brasileiro¹³², também reconhecida como causas de justificação. Assim, para o legislador infraconstitucional os fatos típicos são justificados sob o prisma jurídico, pelas situações lá elencadas, sendo essas a legítima defesa, o estado de necessidade e o estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de um direito. Nesse contexto, no caso de um indivíduo ter agido sob o impulso de alguma das causas mencionadas anteriormente, atingindo a esfera jurídica de outra pessoa, e, então, violando-se um bem jurídico tutelado, não estaria configurada a ilicitude da ação, como corolário, a prova derivada de tal ação não estaria eivada de vício, sendo afastada a ilicitude, admitindo-a no processo criminal, sendo passível de valoração pelo magistrado para fins de embasamento na sua convicção.

Diante de tal instituto, é de se inferir o aspecto ponderativo feito pelo próprio legislador, entre o dano ocasionado pela ação criminosa com intuito defensivo, e o possível mau que se efetivaria com a condenação de um inocente.

5.2.1 Prova ilícita *pro reo*

Não é compatível com os ideais que informam o Estado Democrático de Direito, sacrificar a eficiência do processo penal em alcançar a verdade e absolver um inocente, com a preponderância do cânone da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Sobre a prova ilícita em benefício do réu¹³³, a doutrina majoritária entende como um corolário do princípio da proporcionalidade e como uma forma de manifestação do princípio do favor rei¹³⁴. A doutrina também reconhece que, como o acusado está sendo processado e corre o risco de ter sua liberdade privada indevidamente, ao obter a prova ilicitamente, estará

132 Artigo 23: “ Não há crime quando o agente pratica o fato : I- em estado de necessidade; II- em legítima defesa; III- em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.”

133 é de se constatar que na maioria das vezes a transgressão ao direito será cometida por um particular

134 Determina uma preponderância em situações de dúvidas ou incertezas do valor da liberdade individual em face do *jus puniendi* estatal.

acobertado pelo manto do estado de necessidade, como visto uma das causas de exclusão da ilicitude, admitindo-se, portanto, emprego de tal evidência.

O princípio da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito pode ser encarado como uma garantia do cidadão contra a atuação desenfreada do Estado. Em razão dos fundamentos que integram o Estado Democrático de Direito, havendo choque entre direitos fundamentais, como o direito a intimidade e a ampla defesa¹³⁵, os valores relativos à pessoa humana preponderam. Assim, em situações em que o réu se utiliza de provas ilícitas, o valor a prevalecer no juízo de ponderação é o da dignidade da pessoa humana do acusado, que está sendo injustamente processado. Como argumento favorável à admissão da prova ilegal, tem-se o sopesamento da garantia constitucional a ampla defesa e a avaliação da causa excludente de ilicitude referente ao estado de necessidade do acusado.¹³⁶

A admissibilidade da prova ilícita *pro reo* nada mais é do que a aplicação do princípio da proporcionalidade. Isso porque, o acusado realiza um fato típico com o objetivo de encerrar uma agressão injusta, o que representa o requisito da adequação. Já no que concernem aos demais pressupostos, a necessidade se verifica em razão do uso proporcional dos meios necessários, enquanto o último requisito da proporcionalidade estrita se vislumbra em razão do bem jurídico tutelado por sua conduta ser igual ou mais valioso que o bem transgredido.

Por tais premissas, tem-se que a prova obtida através de transgressões a direitos fundamentais, se voltadas a comprovar a inocência do réu (requisito da adequação), sendo o único meio que o acusado dispõe (necessidade), observando-se a proporcionalidade do bem jurídico tutelado (proporcionalidade estrita), não deve ser reputada como inadmissível ao processo, uma vez que em razão de tais circunstâncias, a aplicação do princípio da proporcionalidade não implica a noção de desrespeito substancial ao sistema jurídico, mas sim de buscar aquilo que o ordenamento jurídico pretende salvaguardar como um todo.

135 É vista no processo penal como a proteção à vida e a liberdade do indivíduo

136 FERNANDES. Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005. P.94

O Supremo Tribunal, em julgamento no RE 40217 PR¹³⁷ corrobora com a tese exposta, onde a prova colhida pelo próprio réu com intuito de provar sua inocência obedecendo aos requisitos do princípio da proporcionalidade, é reputada como válida e tem a ilicitude eliminada. No referido caso, foi gravada uma conversa telefônica por um dos interlocutores, sem a ciência do outro, com fim de comprovar que não era culpado pelo delito que estava sendo investigado.

A doutrina também se manifesta no mesmo sentido quanto à polêmica da prova ilícita e o direito à prova da inocência, reiterando a prevalência desse último, em virtude da liberdade e a dignidade da pessoa humana serem fundamentos do Estado Democrático de Direito, não sendo intenção e interesse do Estado punir um inocente¹³⁸

5.2.2 Prova ilícita *pro societate*

Alvo de maior controvérsia e que suscita debates mais calorosos, o instituto da prova ilícita *pro societate* se insere no contexto de admitir o uso de provas obtidas por meios ilícitos em prol do interesse da sociedade. Aqui, mais uma vez estaríamos diante da análise do caso concreto a promover-se o sopesamento entre os valores envolvidos na situação fática em questão.

137 PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.(STF - RE: 402717 PR , Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 02/12/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-04 PP-00650). Julgado obtido através do sítio eletrônico: www.stf.jus.br . Acesso: 09.04.2014

138 D'URSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p.124

Os defensores da admissibilidade da prova ilícita *pro societate* sustentam como argumentos favoráveis¹³⁹: o direito fundamental à proteção penal legitimando a aplicação do princípio da proporcionalidade; a consolidação da segurança pública em razão de crimes de grandes organizações que sairiam impunes; a busca pela verdade real, onde a aceitação da prova ilícita somente por parte do acusado transgrediria o princípio da isonomia das partes no processo penal, assim em casos de extremo prejuízo com a devida decisão motivada não haveria por que não admitir ao processo.

Vale ressaltar que os adeptos de tal corrente, não visam banalizar o instituto a ponto de desprezar o princípio da vedação as provas ilícitas, mas sim, levantar a possibilidade de casos excepcionais, admitir-se as provas obtidas por meios ilícitos, para diante do caso concreto salvaguardar um valor maior impedindo que determinada situação de extrema gravidade saia impune. Assim, tem-se um juízo de ponderação entre direitos fundamentais do indivíduo e direitos fundamentais da coletividade como um todo, representando interesses maiores.

139 CHAVES, João Freitas de Castro; CUNHA, Clarissa Marques da. Princípio da proporcionalidade *pro societate* na gestão da prova ilícita: dilemas teóricos e usos cotidianos. **Revista IOB**, n. 41, p. 67, 2007.

Em julgado merecedor de aplausos, o Supremo Tribunal Federal – STF por relatoria do Douto Ministro Celso Mello, no HC 70.814-5¹⁴⁰ decidiu que as liberdades públicas¹⁴¹ não podem ser interpretadas em sentido absoluto, pelo qual em determinadas situações não se pode admitir o seu exercício quando cause enorme dano à ordem pública e as liberdades alheias. Assim, no caso a inviolabilidade do sigilo das comunicações telegráficas, com vistas à finalidade ética ou social que resulta da garantia, não se podendo considerar razoável sua observância para a manutenção e proteção das atividades criminosas.

Os críticos contrários a esse instituto (provas *pro societate*) argumentam que admitir a prova colhida de forma ilícita contra o acusado, estimularia a prática da tortura pelos agentes estatais; seria uma interpretação contrária aos valores consagrados pela Constituição, inclusive com a suposta violação do princípio da vedação as provas ilícitas que representaria uma das cláusulas pétreas da Carta Magna; Não estaria sendo respeitado o princípio *in dubio pro reo*, bem como estaria violando o princípio a ampla defesa.

Diante do exposto, mais uma vez é de se ressaltar a importância do princípio da proporcionalidade, que se revela como um instrumento de grande valia para a

140 HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO . - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contem a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei . - A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal . - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas . - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus.(STF - HC: 70814 SP , Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/03/1994, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-0176- PP-01136). Disponível no sítio eletrônico: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748560/habeas-corporus-hc-70814-sp>>. Acesso em 09/04/2014.

141 Como já visto no presente trabalho, representam os direitos fundamentais em face do poder punitivo do Estado.

compatibilização dos direitos fundamentais, possibilitando a mitigação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos pelo magistrado visando evitar que inocentes sejam julgados como culpados, e que culpados sejam inocentados.

Nesse sentido, O Supremo Tribunal Federal- STF em julgamento do MS 23.452¹⁴² veio a enaltecer que não há no arcabouço jurídico pátrio nenhum direito ou garantia de natureza absolutória, isso porque há questões de enorme interesse público ou exigências advindas do princípio da convivência das liberdades, que possibilitam medidas restritivas das garantias individuais ou coletivas, desde que observados os próprios parâmetros constitucionais. O Ministro Celso de Mello aduziu ainda, que as normas constitucionais ao regulamentar os direitos fundamentais, propicia limitações no próprio âmbito jurídico, voltadas a tutelar o interesse social e assegurar uma convivência harmônica entre as liberdades públicas, uma vez que uma garantia não deve ser exercida em detrimento de valores axiológicos mais relevantes, ou da ordem pública, isso implicaria em uma violação à direitos fundamentais de outros.

Assim, como visto, o STF, também, entende ser perfeitamente possível a relativização de determinado direito ou garantia fundamental, tendo em vista assegurar a observância e o respeito a outro direito que não deva ser sacrificado naquele caso específico.

5.2.3 Flagrante delito

Eugênio Pacelli¹⁴³ relembra, também, como forma de exclusão da ilicitude da prova as situações de flagrante delito. A Carta Magna em seu artigo 5º, XI¹⁴⁴, determina como regra

142 OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros

143 Ibid.

144 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

geral a casa como sendo asilo inviolável, ninguém podendo penetrar sem a anuência do morador. Excetua-se tal assertiva, mediante situação de prestar socorro ou em casos de flagrante delito, além, é claro, através de autorização judicial.

Assim, ainda que o proprietário esteja praticando um delito, qualquer indivíduo poderá adentrar na residência para a proteção dos bens jurídicos em questão. Nesse caso, a prova obtida não estaria eivada de vício quanto à sua obtenção, nem quanto à sua produção e valoração no processo¹⁴⁵. O ilustre processualista mencionado, defende que isso ocorre em razão do Direito não proteger ações atentatórias em detrimento de bens jurídicos e valores consagrados no ordenamento jurídico, assim, o Direito não tutela as transgressões ocorridas contra ele mesmo¹⁴⁶.

Dessa forma, o direito fundamental a inviolabilidade do domicílio tem sua legitimidade e é devidamente respeitado na medida em que seu titular exerce-o nos limites legais previstos.

5.3 APLICAÇÃO NO BRASIL DAS TEORIAS RELACIONADAS AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS

Na atual seção tentaremos demonstrar como a jurisprudência brasileira vem se comportando quanto às teorias estudadas no presente trabalho (teoria da *exclusionary rule*; teoria dos frutos da árvore envenenada; teoria da fonte independente; teoria da descoberta inevitável; teoria do encontro fortuito de provas). A partir de tal análise, poderá se verificar o posicionamento e o entendimento majoritário quanto aos conflitos de interesses em determinados casos concreto.

As teorias mencionadas são de suma importância para a mitigação ou elevação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. A partir delas, depreende-se que o cânone da vedação as provas ilícitas não deve ser encarado como absoluto, devendo, como visto, ser alvo de juízo de ponderação para salvaguardar direitos que não deveriam ser

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

145PACELLI, Eugênio. *Op. Cit* p.361

146 Ibid.p.362

sacrificados em determinadas situações, daí a importância em analisar a aplicação de cada um no arcabouço jurídico brasileiro.

De início, a doutrina e jurisprudência brasileira eram condescendentes no que diz respeito ao meio utilizado para a produção, pouco importava se havia seguido os padrões estabelecidos, só se preocupava com a descoberta da verdade¹⁴⁷. Aos poucos, gradualmente, tornou-se perceptível a transformação da admissibilidade para a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, sem prejuízo da aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos que assim fosse necessário.

5.3.1 As teorias relacionadas ao princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e a jurisprudência pátria

Ao longo do trabalho nos debruçamos sobre algumas teorias que vieram a fortalecer e mitigar o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, somado a tais teses, a lei 11.690/08, como veremos no próximo tópico, veio a positivizar alguma dessas doutrinas. Além delas, a jurisprudência também vem a contribuir como outra fonte do direito para maior disciplina e aplicação do tema. É por isso, que através de comentários a alguns julgados tentaremos vislumbrar como o STF vem lidando com a matéria examinada.

147 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. *Op. Cit.* p.486

O Superior Tribunal de Justiça- STJ no julgado HC 200901847195¹⁴⁸, de relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz, analisou o caso em que a defesa sustentava que a decisão que decretou a prisão preventiva do réu foi exarada com base em elementos obtidos de outra ação penal, onde durante o seu curso foi reconhecida como ilícita parte das interceptações telefônicas colacionadas aos autos. Naquela oportunidade, o STJ julgou pelo não conhecimento do *Habeas Corpus*. O que se pretende mostrar com a decisão, são os fundamentos utilizados no corpo do julgado. Durante o comando judicial, foi-se levantado a teoria da *exclusionary rule* onde sendo a prova ilícita, seria considerada inadmissível ao

148 HABEAS CORPUS - ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - FALSIDADE IDEOLÓGICA - DOCUMENTO FALSO - DESCAMINHO - EVASÃO DE DIVISAS - LAVAGEM DE DINHEIRO - CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - CONDENAÇÃO - PRISÃO PREVENTIVA - PROVAS ILÍCITAS - TEORIA DOS FRUITS OF THE POISONOUS TREE - NÃO APLICAÇÃO - AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO ENTRE OS PROCEDIMENTOS PROBATÓRIOS - TEORIA DAS EXCLUSIONARY RULES - INCIDÊNCIA - CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS - ILICITUDE DAS PROVAS POR DERIVAÇÃO - NÃO COMPROVAÇÃO - DILAÇÃO PROBATÓRIA - VEDAÇÃO EM HABEAS CORPUS - ART. 387, § 1º, DO CPP - OBEDIÊNCIA - REQUISITOS ART. 312 DO CPP - CUMPRIMENTO - GRAVIDADE CONCRETA - FUGA - FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE - HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1 - O Superior Tribunal de Justiça, em face da nova jurisprudência da Corte Suprema (HC n. 109.956/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 11.9.2012; HC n. 108.901/SP, Ministra Carmen Lúcia, Segunda Turma, DJe 10.5.2013), também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, de forma a inadmitir a utilização do remédio constitucional em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial) e à revisão criminal (HC n. 183.889/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26.8.2013; HC n. 263.627/SP, Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 16.9.2013; HC n. 253.383/SP, Ministro Og Fernandes, DJe 16.9.2013; HC n. 178.850/RS, Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 13.9.2013). Em hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica, não obstante a mudança de paradigma, tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal têm permitido o exame, de ofício, do habeas corpus. 2 - A prisão preventiva dos pacientes, decretada para a garantia da ordem pública e para a aplicação da lei penal, está amparada nos elementos colhidos na ação penal n. 2006.70.00.012299-7, parte dos quais, interceptações obtidas no bojo do Procedimento Criminal Diverso (PCD) n. 2004.70.00.019299-2, foi considerada ilícita por esta Corte Superior, no julgamento do HC n. 76.767/PR. 3 - A essência da teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree), de origem norte-americana, consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, proclama a mácula de provas, supostamente lícitas e admissíveis, obtidas, todavia, a partir de provas declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita. 4 - Não há evidências seguras e suficientes de que as provas que deram lastro à prisão preventiva dos acusados, bem como sua condenação, sejam produto das mesmas provas declaradas nulas no HC n. 76.767/PR, por esta Corte Superior. 5 - É certo que doutrina e jurisprudência repudiam com veemência "os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder

processo, e conseqüentemente desentranhada dos autos. Explicou-se, ainda, o conteúdo da teoria dos frutos da árvore envenenada, ressaltando que ta tese foi positivada ao ordenamento pátrio através da reforma processual oriunda da lei 11.960/08, mais precisamente alterando-se a redação do artigo 157 do Código de Processo Penal- CPP. Como forma de mitigação de tal teoria, o ministro relator suscitou as teorias da fonte independente e da descoberta inevitável, ressaltando também que são previstas no artigo 157, §1º e §2º do CPP.

Ainda na decisão, o douto julgador discorreu sobre o princípio da proporcionalidade trazendo como argumento o precedente do Min. Celso de Mello sobre a relativização dos

do Estado em face dos cidadãos." (RHC n. 90.376/RJ, Rel. Ministro Celso de Mello, 2T, DJe 18.5.2007). 6 - Sem embargo, seguindo a doutrina que mitiga o rigor das regras de exclusão do direito norte-americano (exclusionary rules), o ordenamento positivo pátrio permite o aproveitamento da prova que, a despeito de ter laço comum com a origem viciada, é em relação a ela independente, dada a inevitabilidade de sua descoberta ou dada a ausência de total relação de causalidade entre umas e outras. Art. 157, § 1º do CPP. 7 - Na lição de Celso de Mello "não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (...)" - (MS n. 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 12.5.2000). 8 - A mitigação das regras de exclusão da prova, no entendimento da Suprema Corte pátria, se justifica pelo princípio da proporcionalidade, que sempre se referencia em sede de interpretação e aplicação de normas penais e processuais penais. Razoável, portanto, o afastamento do caráter absoluto das regras de exclusão da prova "em razão de seu alargamento ter o condão de produzir um quadro de impunidade, tendo em vista que, em alguns casos, toda a persecução penal restará obstada pelo simples fato de que o conhecimento inicial da infração se deu por meios ilícitos." (HC n. 91.867/PA, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2T, DJe 20.9.2012). 9 - A decisão judicial que invalida segmento - ainda que considerável e amplo - do acervo probatório de um dado processo penal não tem o condão de invalidar toda a persecução penal e, nomeadamente, os atos decisórios que podem subsistir mesmo na ausência do arcabouço probatório invalidado, ao menos por meio desta ação mandamental, onde não se vislumbra possível aferir, sem a incursão vertical do tema, o vínculo total entre as provas consideradas ilícitas e as que permitiram a condenação. 10 - A defesa não demonstrou inequivocamente, nesta impetração, que as mesmas provas colhidas no PCD n. 2004.70.00.019299-2, posteriormente consideradas ilícitas, por força do julgamento no HC n. 76.686/PR, nesta Corte Superior, serviram de alicerce exclusivo para a decretação da prisão preventiva e posterior condenação nos autos da Ação Penal n. 2006.70.012299-7. A bem da verdade, a invalidação de parte das provas da materialidade e autoria dos crimes atribuídos aos

direitos fundamentais¹⁴⁹, onde mitigando-se as regras da exclusão das provas impedir-se-ia o não cumprimento da lei penal e a impunidade. Ao fim, reconheceu que a defesa não comprovou inequivocamente que as mesmas provas colhidas na ação penal serviram de esteio exclusivo para a decretação da prisão preventiva.

Visto o julgado do Superior Tribunal de Justiça- STJ, passamos agora para um julgado do Supremo Tribunal Federal- STF. NO RHC 90.376¹⁵⁰ A suprema corte analisou o caso em que foi-se colhida evidência através de invasão a quarto de hotel sem o devido mandado judicial. Na decisão, inicialmente, foi-se discutido e consolidado que o quarto de

pacientes, se confirmada, poderá resultar no enfraquecimento da tese acusatória, mas, presentes, como sustentado na instância de origem, outros elementos que consubstanciem o *fumus commissi delicti*, não haverão de interferir, a um primeiro olhar, na aferição da urgência e da necessidade da cautela pessoal, dimensionadas em razão do perigo que a liberdade dos pacientes (*periculum libertatis*) representa para a ordem pública e para a aplicação da lei penal. 11 - Ainda que em momento processual diverso do exposto no acórdão ora atacado, o decisum que tornou nulas as provas colhidas a partir das interceptações telefônicas tidas como inidôneas ainda não transitou em julgado e se encontra revestido do peso do reconhecimento da repercussão geral constitucional, perante o Supremo Tribunal Federal (RE n. 625.263/PR): PROCESSO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 5º; 93, INCISO IX; E 136, § 2º DA CF. ARTIGO 5º DA LEI N. 9.296/96. DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DE SUCESSIVAS RENOVAÇÕES DA MEDIDA. ALEGAÇÃO DE COMPLEXIDADE DA INVESTIGAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. RELEVÂNCIA SOCIAL, ECONÔMICA E JURÍDICA DA MATÉRIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 12 - Mostra-se suficiente a fundamentação lançada na sentença condenatória, bem como no acórdão prolatado no Tribunal a quo, em julgamento de habeas corpus, para conferir lastro à ordem de prisão preventiva dos ora pacientes, porquanto contextualizaram, em dados concretos, individuais e identificáveis nos autos do processo, a necessidade de segregação cautelar. 13 - No caso vertente, o juiz singular, verificando a permanência dos motivos que justificaram a cautela pessoal anteriormente decretada, apontou especificamente a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal e indicou motivação suficiente para justificar a necessidade da prisão preventiva dos pacientes - ao referir-se à habitualidade delitiva e, em especial, à fuga por eles empreendida - consoante o disposto no art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 11.719/08, renumerado pela Lei n. 12.736/12. 14 - Os pacientes foram agraciados com a ordem de habeas corpus, concedida de ofício pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n. 90.216/PR, impetrado contra decisão proferida por esta Corte Superior nos autos do HC n. 65.064/PR, a qual confirmou a necessidade da segregação cautelar decretada no curso da ação penal originária deste habeas corpus. Na oportunidade (6.2.2007), a Suprema Corte determinou que os pacientes fossem recolhidos a estabelecimento hospitalar de confiança e escolha, para lá permanecerem internados, às suas próprias expensas, mas sob vigilância policial externa. Os pacientes então fugiram do hospital em que se encontravam internados para tratamento de saúde e deslocaram-se, no dia 2.7.2007, até o Uruguai, país de origem, onde se encontram até o momento, o que denota clara intenção de se furtarem da aplicação da lei penal. 15 - A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que "a fuga do paciente do distrito da culpa, comprovadamente demonstrada nos autos, constitui

hotel faz jus ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio. Atentando-se para o foco do conteúdo material pertinente ao trabalho, tem-se no decorrer do julgado, que a persecução criminal promovida pelo Estado, para que seja legítima, não deve lastrear-se em provas ilícitas, sob pena de violação ao devido processo legal, representado também, pelo princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

No caso, enalteceu-se a teoria da *exclusionary rule* e da *fruits of the poisonous tree*, na medida em que representam formas intensas de efetivação do devido processo legal,

fundamento idôneo a ensejar a manutenção da medida de exceção para a conveniência da instrução criminal e para a garantia de aplicação da lei penal." (HC n. 272.433/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6T, DJe 24.9.2013). 16 - O argumento de inexistir fato criminoso novo praticado pelos pacientes após o início da persecução penal não serve para infirmar a prisão preventiva decretada por ocasião da sentença condenatória, se o juiz, ao julgar, conclui, com explicitação de suficiente motivação, pela necessidade da cautela extrema, tanto para a preservação da ordem pública quanto para a aplicação da lei penal. 17 - Outrossim, não preclui o poder judicial de atender às exigências cautelares do caso concreto, dada a provisoriedade que caracterizam as medidas cautelares em geral, sujeitas à permanente avaliação do juiz quanto à sua adequação e necessidade (art. 316 do CPP). 18 - Habeas corpus não conhecido. (HC 200901847195, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:05/12/2013 ..DTPB:.)

149 Já foi discorrido no presente trabalho, no tópico referente ao princípio da prova ilícita *pro societate*.

150 E M E N T A: PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de

preservando-se direitos e garantias inerentes ao acusado no processo penal. Dessa forma, no caso concreto, o STF deu provimento ao recurso ordinário tendo em vista que os novos elementos probatórios só foram conhecidos pelo Poder Público em razão da prova ilícita originária. Destarte, foi depreendida como uma violação flagrantemente inconstitucional ao devido processo legal e ao princípio da vedação as provas ilícitas.

5.4 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A LEI 11.690/2008

"casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que,

Diante da lei 11.690/2008, é de se perceber a intenção do legislador em reforçar o sistema acusatório penal brasileiro, uma vez que as alterações substanciais dos artigos¹⁵¹ promoveram uma ênfase no contraditório e na inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

A atual redação do artigo 157¹⁵² do Código de Processo Penal- CPP veio a consagrar e reiterar o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, previstos na

não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g..(RHC 90376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RTJ VOL-00202-02 PP-00764 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147)

151 Os artigos 155, 156, 157, 159, 201, 210, 212, 217 e 386 do Código de Processo Penal brasileiro passaram a ter nova redação.

152 Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º Preclusa a decisão de

Carta Magna em seu artigo 5º, LVI¹⁵³. Por tais dispositivos, denotam-se como inconstitucionais e inaceitáveis aos processos, as provas e evidências colhidas de forma ilegal ou ilegítima¹⁵⁴.

Através do mencionado artigo 157 do estatuto processual penal, percebe-se que positivou-se ao ordenamento jurídico pátrio, as teorias da *exclusionary rule* (exclusão das provas ilícitas), a teoria do *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada) e da *independent source* (fontes independentes). A teoria da *exclusionary rule* se verifica no *caput* de tal artigo, quando se enaltece como sendo inadmissível e devendo ser desentranhada do processo as provas que foram obtidas por meios inaceitáveis. O desentranhamento se mostra necessário e bastante útil ao processo, tendo em vista que mesmo com a declaração da ilicitude da prova, caso permanecesse aos autos, o magistrado teria acesso livremente. Por mais que não pudesse fundamentar a decisão com esteio naquela evidência, sua convicção seria fortemente abalada e influenciada¹⁵⁵, assim, evita-se a utilização “indireta” da prova ilícita.

Ainda sobre o assunto, a lei 11.690/08 em seu projeto inicial, trazia como redação do atual artigo 157, o §4º que impedia de proferir sentença ou acórdão o magistrado que conheceu o teor da prova ilícita. A *ratio essendi* de tal dispositivo, era justamente efetivar a não utilização das provas obtidas por meios ilícitos, de forma a não influenciar o julgador na decisão. Lamentável, portanto, o veto presidencial efetuado ao §4º do artigo 157.

A teoria dos frutos da árvore envenenada foi sedimentada através do §1º do artigo 157 quando se estabeleceu como inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas. A teoria da fonte independente, também no mesmo referido parágrafo do artigo, é enunciada como exceção da inadmissibilidade das provas derivadas da ilícita, determinando como admissível

desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

153 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos

154 Como já visto ao longo do presente trabalho, as provas ilícitas são consideradas pela doutrina como aquelas que violem direito material, já as provas ilegítimas são tidas como as que transgridem normas processuais.

155Tasse, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncine; PIASECKI, Patrícia Regina.**O novo sistema de provas no processo penal**: comentários à Lei 11.690/08. Curitiba: Juruá, 2008. p.48

nos casos possíveis de obtê-la mediante fonte independente da primeira. Ainda sobre a teoria da fonte independente, o § 2º do artigo 157, define o que se entende por tal instituto, conceituando como aquela que por si só, seguindo a praxe e os trâmites típicos, inerentes à persecução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Pela reforma advinda com a lei 11.690/08, o legislador visou acompanhar os paradigmas e valores fincados pela Constituição da República de 1988, reiterando e ressaltando o caráter do devido processo legal, de forma a prever, também, no ordenamento infraconstitucional o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícito, bem como as derivada dela. O que mais uma vez se denota, é a tutela aos direitos fundamentais do indivíduo em face do *jus puniendi* estatal, onde o Estado através de ato soberano, a que todos se submetem, promove a persecução criminal, devendo atentar aos preceitos e fundamentos que embasam o Estado Democrático de Direito

6 CONCLUSÃO

O atual Código de Processo Penal brasileiro, como visto, foi editado num cenário autoritário, policialesco, antidemocrático, sob a forte égide fascista que se propagava pelo mundo. Em razão disso, o processo era tido como um mero veículo de aplicação da lei penal, posto que o réu não possuía nenhuma garantia, já sendo presumidamente culpado, e nem mesmo possuía direito a se defender. Com o decorrer do tempo, transformações sociais e legislativas ocorreram, sendo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 um marco para a instauração de uma nova ordem jurídica democrática.

O Brasil enquanto Estado Democrático de Direito, onde a lei impera indistintamente a todos, inclusive ao próprio Estado, possui dentre os fundamentos que norteia a República Federativa, a dignidade da pessoa humana. Nessa seara, o Estado encontra nos direitos e garantias fundamentais, limites intransponíveis, cuja inobservância pode ser compreendida

como uma violação à Constituição. O processo, nesse contexto, pode ser tido como uma garantia de ter seus direitos respeitados, além de assegurar às partes a real possibilidade de influenciar e demonstrar a verdade dos fatos sob sua ótica ao magistrado.

Como uma dessas garantias fundamentais, tem-se o princípio da vedação as provas ilícitas, em que as provas obtidas por meios ilícitos são reputadas como inadmissíveis ao processo, não podendo o julgador utilizá-las como esteio para sua decisão. Tal cânone visa promover um efeito dissuasório às autoridades públicas responsáveis pela persecução criminal, buscando evitar, portanto, que na tentativa de colher elementos que comprovem a ocorrência de um ilícito, não se cometa um outro ilícito, não devendo valer a máxima de “os fins justificam os meios”.

A *ratio essendi* de tal direito pelo constituinte originário merece aplausos, uma vez que tal dispositivo impede que o Estado no exercício de seu *jus puniendi* desrespeitasse os direitos fundamentais mínimos do cidadão, *verbi gratia* o direito fundamental à intimidade. No entanto, o que não se pode admitir é a utilização de tal garantia como instrumento de práticas criminosas, o que vem comumente ocorrendo nos crimes organizados, onde os infratores planejam que, caso descobertos, a colheita de tal evidência se dê por meios ilícitos, furtando-se, então, da aplicação da lei penal.

A contraponto a tal garantia, pode-se mencionar os direitos fundamentais à prova e o direito à proteção penal. Assim, vislumbra-se em determinadas situações quando da utilização da prova ilícita, um inerente conflito entre direitos fundamentais.

Deve-se atentar ao fato que não há no arcabouço jurídico constitucional pátrio, direitos ou garantias que gozam do caráter absolutório. Tal assertiva se justifica em decorrência de relevante interesse público ou do princípio de convivência das liberdades, legitimando, de forma excepcional, restrições de determinados direitos e garantias. A Carta Magna, ao estabelecer as liberdades públicas aos cidadãos, permite que sobre elas recaiam limitações voltadas à tutela do interesse público, e para que seja possível a coexistência dos diversos direitos fundamentais, de modo que nenhum direito deve ser exercido em face da ordem pública ou de violação às garantias de terceiros.

O princípio da proporcionalidade exsurge, então, como de grande valia para a resolução dos casos em que se deve sopesar qual direito ou interesse deve ser salvaguardado diante do caso concreto. Assim, não se pode afirmar, como muitos assim o fazem, que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, fruto do devido processo legal, deve sempre ser resguardado em detrimento do outro direito na situação fática.

Como vimos durante o trabalho, o Supremo Tribunal Federal entende não haver nenhum direito absoluto, assim, diante do caso concreto, em casos excepcionais, valendo-se do princípio da proporcionalidade, é legítima a negação ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas para a tutela ou proteção de interesse maior e primordial à manutenção da ordem jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**.

ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais- RT, 1973.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5ª ed- São Paulo: Revista dos Tribunais- RT, 2012.

BECCARIA, Cesare Bonessana. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Flório de Angelis. Bauru - SP: Edipro, 1999

BRASIL. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:<www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>.

_____. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em:<www.stj.gov.br/jurisprudencia>.

_____. **Leis Brasileiras**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

CHAVES, João Freitas de Castro; CUNHA, Clarissa Marques da. **Princípio da proporcionalidade *pro societate* na gestão da prova ilícita: dilemas teóricos e usos cotidianos**. Revista IOB, n. 41, p. 67, 2007.

D'URSO, Flávia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 1986.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo penal**. 25ª ed. São Paulo: RT, 2003, v.3, p.221

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal**. Novas tendências do direito processual. 1990. P.61

_____. **Provas Ilícitas, Interceptações e escutas**. 1ª ed. Gazeta Jurídica, 2013.

HAURIOU, Maurice *In*: SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6ª ed, atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. Malheiros.

LOPES JÚNIOR, Aury. **A instrumentalidade garantista do processo penal**. Juspodivm. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/jp/i/f/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2014.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de J. Alves de Sá. Lisboa: Clássica.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2ª. ed. São Paulo: Rt, 2010.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Saraiva: São Paulo.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais- RT, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6ª ed, atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. Malheiros.

SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Prova Ilícita no Processo- De acordo com a Nova Reforma do Código de Processo Penal**- Curitiba: Juruá, 1ª edição,2009.

Tasse, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncine; PIASECKI, Patrícia Regina.**O novo sistema de provas no processo penal**: comentários à Lei 11.690/08. Curitiba: Juruá, 2008.

TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**. Itália: Milano, 1974.