

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**A (IN)VALIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO  
PENAL**

Lilian Marina Dornellas Faria

Presidente Prudente/SP  
2010

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**A (IN)VALIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO  
PENAL**

Lilian Marina Dornellas Faria

Monografia apresentada como  
requisito parcial de Conclusão  
de Curso para obtenção do grau  
de Bacharel em Direito, sob  
orientação do Prof. Marcelo  
Agamenon Góes de Souza.

Presidente Prudente/SP  
2010

# **A (IN)VALIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL**

Monografia aprovada  
como requisito parcial  
para obtenção do Grau  
de Bacharel em Direito.

Marcelo Agamenon Goes de Souza

Rodrigo Lemos Arteiro

Owem Miuki Fujiki

Presidente Prudente, 11 de novembro de 2010

Quem ocupa o trono tem culpa,  
quem oculta o crime também.  
Quem duvida da vida tem culpa,  
quem evita a dúvida também tem.

Humberto Gessinger

Dedico esta monografia aos meus  
pais, que me guiaram os primeiros  
passos, que me ensinaram a viver  
de forma digna e honrada e que me  
trazem muito orgulho.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, que me deu uma vida maravilhosa, que é a minha força e o meu amigo de todas as horas e que sempre supre todas as minhas necessidades.

A minha família, razão pela qual eu sou feliz, que sempre me apoiou e me ajudou para prosseguir a caminhada da vida.

Aos integrantes das Promotorias de Justiça da Comarca de Osvaldo Cruz pelos conhecimentos proporcionados e atenção dispensada.

Ao meu orientador Marcelo Agamenon Goes de Souza, pela colaboração efetiva, orientação e revisão do trabalho.

As Faculdades Antônio Eufrásio de Toledo pelo nível de ensino, bem como pelos excelentes professores e direção.

A todas as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para que este trabalho se tornasse realidade.

## RESUMO

A utilização de provas ilícitas no processo penal brasileiro é, ainda, um tema muito polêmico por envolver conflito e sacrifício a direito e garantia constitucional, uma vez que, a Constituição Federal diz no artigo 5º, inciso LVI, que não serão admissíveis no processo penal as provas obtidas por meios ilícitos. Este conceito ainda é reforçado pelo Código de Processo Penal, no artigo 157, onde consta que, havendo provas ilícitas no processo, estas deverão ser desentranhadas, pois são inadmissíveis. Ocorre que, neste último artigo, foram acrescentado pela Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, os parágrafos 1º e 2º, onde consta que as referidas provas poderão ser utilizadas no processo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Daí, então, o surgimento da Teoria da Fonte Independente. Ainda, temos o Princípio da Proporcionalidade. Trata-se de ponderar o valor de direitos e garantias em relação a outros, conforme cada caso concreto, isto é, a relativização de direitos e garantias para melhor solucionar um determinado processo. Neste contexto, está também presente, o Princípio da Verdade Real e o Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz. É certo que, para favorecer o réu, alguns doutrinadores, juizes e Tribunais, já aceitam a utilização de provas obtidas por meios ilícitos para absolver o acusado. Temos que a maioria da doutrina ainda não admite a utilização de provas ilícitas no processo penal, com exceção, de alguns casos em que o indivíduo comete um crime grave e que não restam dúvidas de que foi ele o autor do crime.

**Palavras-chave:** Prova. Ilícitude. Princípios. Validade. Processo Penal.

## **ABSTRACT**

The use of illegal evidence in criminal proceedings in Brazil is still a topic very controversial because it involves conflict and sacrifice the constitutional rights and security, once the Constitution says in Article 5, subsection LVI, which are not admissible in criminal proceedings evidence obtained by means unlawful. This concept is reinforced by the Code of Criminal Procedure, in the Article 157, which indicates that, with illegal evidence in the process, these should be removed because they are inadmissible. Occurs that in the latter article, were added by Law n. 11,690 of 9 June 2008, paragraphs 1 and 2, which indicates that such evidence could be used in the process when no evidenced the link of causality between these two zones, or when the derivatives can be obtained by an independent source of the first. Hence, therefore, the emergence of Theory of independent source. Yet, we have the Principle of Proportionality. It is to weigh the value of rights and guarantees in relation to others, as each individual case, this is, the relativization of rights and guarantees to better solve a particular process. In this context, is also present, the Principle of the Real Truth and the Principle of Free Motivated Conviction Judge. Admittedly, for favor the defendant, some teachers, judges and courts, already accept use of evidence obtained by unlawful means to acquit the accused. We have that most of doctrine don't allowed the use of illegal evidence in criminal proceedings, except in some cases in which the individual commits a serious crime and that there is no doubt that he was the perpetrator.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CF – Constituição Federal

CPP – Código de Processo Penal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

MP – Ministério Público

HC – Hábeas Corpus

Art. – Artigo

Inc. – Inciso

Pág. e P. – Página

V. e Vol. - Volume

jan. – janeiro

mar. – março

agost. – agosto

out. – outubro

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 DAS PROVAS</b> .....	11
2.1 Conceito e Finalidade.....	13
2.2 Espécies.....	18
2.3 Prova Ilegal.....	20
2.4 Prova Ilícita.....	22
2.4.1 Provas ilícitas por derivação.....	27
2.4.2 Do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados.....	31
2.4.3 Do sigilo das comunicações telefônicas e dos sistemas de informática e telemática.....	33
<b>3 PRINCÍPIOS</b> .....	38
3.1 Conceito.....	38
3.2 Diferença Entre Princípio e Regra.....	39
3.3 Princípio da Verdade Real.....	41
3.4 Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz.....	42
3.5 Princípio da Proporcionalidade.....	44
<b>4 DA PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO EM BENEFÍCIO DO RÉU</b> .....	46
<b>5 PROVA ILÍCITA OBTIDA EM DESFAVOR DO ACUSADO</b> .....	51
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	54
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	55

## 1 INTRODUÇÃO

Neste artigo foi analisado o que são provas obtidas por meios ilícitos, quais os casos em que, excepcionalmente, serão possíveis sua utilização no processo penal mesmo com a vedação expressa na Constituição Federal.

Ainda, adotando o Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade, isto é, sopesando direitos, adequar qual direito é preponderante em reação ao outro, para que seja aplicado num caso concreto, tornando o processo mais justo.

Ademais, havendo no processo penal prova ilícita, aplicando tal princípio, podemos verificar que, em certos casos, a regra da inadmissibilidade se prepondera sobre o direito garantido, o que nos leva a crer que tal regra, apesar de estar contida na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, não é absoluta.

Como a finalidade do processo penal é a busca da verdade real, para que o nobre magistrado possa julgar promovendo justiça e pacificação social, alguns doutrinadores e Tribunais, admitem a utilização de provas ilícitas, ainda que em caráter excepcional, para se encontrar a verdade real. É certo que a verdade absoluta jamais será alcançada, porém, fica a cargo das partes e do juiz chegar o mais perto possível da realidade.

É certo que, com base no Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz, o magistrado poderá julgar o processo de acordo com a sua convicção. Tal princípio deixa o juiz livre para que com as provas do processo, sejam elas lícitas ou não, possa formar sua própria convicção sobre os fatos, refletindo no desfecho do processo.

Abriu uma discussão para saber se poderão ser usadas as provas ilícitas para beneficiar o réu, de forma a utilizá-las para inocentar o acusado, uma vez que esta, seria a única prova, ou havendo mais, seria esta a prova principal para que o réu provasse sua inocência e conseguisse sua absolvição pelo crime a ele imputado.

E, a questão mais polêmica, se poderá utilizar, no processo penal, provas obtidas por meios ilícitos para acusar o réu. Sobre o tema, a

ainda grande resistência por parte da doutrina na aceitação de prova obtida por meio ilícito para a acusação do réu. Há, todavia, dois casos em que, excepcionalmente, estas provas poderão ser entranhadas no processo, de forma a serem consideradas pelo juiz na hora da sentença.

Por fim, saber um pouco sobre o posicionamento de doutrinadores e o que a jurisprudência traz a respeito desse assunto ainda tão polemico.

Assim, neste artigo cabe mostrar e discutir a validade ou não, no processo penal brasileiro, de provas obtidas por meios ilícitos.

## 2 Das Provas

Prova é todo o instrumento capaz de traduzir a verdade real sobre um fato determinado.

É através das provas que as partes demonstrarão no processo a veracidade dos fatos alegados, bem como, o direito pleiteado, para convencer o juiz a satisfazer sua pretensão.

Assim é o pensamento de Carnelutti citado por Elmir Duclerc (2004,p.06):

(...) provar significa uma atividade do espírito dirigida à verificação de um juízo. O que se prova é uma afirmação; quando se fala em provar um fato, ocorre assim pela costumeira mudança entre a afirmação e o fato afirmado. Como os meios para a verificação são as razões, esta atividade se resume na contribuição de razões. Prova, como substantivo de provar é, pois, o procedimento dirigido para tal verificação. Mas as razões não podem estar no ar; com efeito, o raciocínio não atua a não ser partindo de um lado sensível, que constitui o fundamento da razão. Em linguagem figurada também estes fundamentos chamam-se provas; neste segundo significado, prova não é um procedimento, mas um quid sensível enquanto serve para fundamentar uma razão.

A parte que se propõe a provar, terá que fazê-la utilizando os meios adequados para tanto.

O processo penal visa alcançar a verdade real, pois nele está em jogo um dos bens mais preciosos da pessoa humana, o direito à liberdade.

Certo é que, a verdade absoluta nunca é alcançada, portando, fica a cargo das partes demonstrar a sua verdade sobre os fatos para convencer o magistrado do alegado.

Marques (1997, p.253) considera que:

A demonstração dos fatos em que assenta a acusação e daquilo que o réu alega em sua defesa é o que constitui a prova. (...) A prova é, assim, elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para a averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações.

Há, portanto, uma maior flexibilidade na produção e maior rigor na apreciação das provas no curso do processo. Mesmo existindo essa flexibilidade, a Constituição Federal deixa claro no art. 5º, inc. LVI que serão inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Uma prova inadmissível fica impedida de ser juntada aos autos, sendo o juiz responsável pela fiscalização. Em regra, uma vez encontrada, o seu entranhamento não é permitido nos autos.

A violação de qualquer norma constitucional leva à nulidade absoluta do ato.

Como bem sintetizam Grinover, Scarance e Gomes Filho (2006, p.109):

Os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante a convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações.

O juiz é aquele que representa o Estado e que por ele tem o direito punir o autor de um crime. Por meio disso, o magistrado promove justiça e pacificação social, justificando o Estado social de direito.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que um indivíduo tem o direito à liberdade, sendo a lei desobedecida, prevalece o direito do Estado de punir o indivíduo, o que gera um direito não absoluto de liberdade.

Desse modo, é possível, respeitados certos parâmetros, o sacrifício de um direito legítimo em prol de outro da mesma ou superior magnitude.

Para tanto, cabe a acusação (Ministério Público, em crimes de ação penal pública ou o ofendido, nos crimes de ação penal privada) provar o descumprimento da lei pelo agente ofensor.

De uma forma mais abrangente Julio Fabbrini Mirabete (2000, p.257) nos ensina que:

Objeto da prova é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio. Abrange, portanto, não só o fato criminoso e sua autoria, como todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança. Refere-se, pois, aos fatos relevantes para a decisão da causa, devendo ser excluídos aqueles que não apresentam qualquer relação com o que é discutido e que, assim, nenhuma influência podem ter na solução do litígio.

Dessa forma, é preciso que a prova levada ao processo seja de relevância para a solução da causa, isto é, que a prova esteja diretamente ligada aos fatos pretéritos e que tenha valor para a decisão do magistrado.

Portanto, é necessário que o meio de prova utilizado pela parte acusadora ou defensora seja adequado ao que se deseja provar.

Assim, as provas são de fundamental importância para o resultado final do processo, ou seja, para a absolvição ou condenação do acusado.

## **2.1 Conceito e Finalidade**

O conceito de prova não é único. Existem diversos sentidos quanto a esta palavra, tanto no uso popular, quanto numa linguagem técnica.

Segundo Plácido e Silva (1987, p.491):

Do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entender-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um ato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado.

Prova é o meio pelo qual se demonstra a veracidade das alegações feitas durante o curso do processo, em juízo, para que, por meio delas, o juiz profira uma decisão favorável à parte que alegou e demonstrou através de provas a verdade real sobre os fatos, sendo satisfeita sua pretensão.

A parte tem o direito de demonstrar a existência de fatos formadores de seus direitos, que irão basear a convicção do magistrado.

Fernando Capez (2006, p.223) definiu prova como sendo:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo Juiz (CPP, arts. 156, 2º parte, 209 e 234) e por terceiros (por exemplo, peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Ou seja, as provas visam a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.

Sendo assim, a prova é um meio essencial para a fundamentação tanto de defesa, quanto de acusação.

É por meio da prova, que a parte claramente demonstrará no processo como, quando e porque os fatos ocorreram.

Assim, para que a prova seja válida, é necessário que ela seja produzida em juízo e que respeite o contraditório e a ampla defesa.

Então, se o direito à prova é decorrência do contraditório, não devemos nos esquecer de que há limitações quanto à formação e produção das provas, sendo essas limitações resumidas por Grinover, Scarance e Gomes Filho (2006, p.110):

É proibida a utilização de fatos que não tenham sido anteriormente introduzidos no processo pela autoridade judiciária e submetidos a debate pelas partes; É proibida a utilização de provas formadas fora do processo ou colhidas na ausência das partes; Quando é determinada a realização de provas *ex officio* pelo juiz, é obrigação deste submetê-las ao contraditório das partes, sendo que estas devem participar de sua produção e tendo a oportunidade, de oferecer contraprova.

A presença das partes conflitantes e do juiz, concomitantemente, na produção das provas é requisito essencial para a validade da prova. A prova é considerada viciada quando colhida sem a presença do juiz, como quando, mesmo com sua presença, houver ausência das partes.<sup>1</sup>

No mesmo sentido os nossos Tribunais vêm decidindo:

Para que a prova se produza de maneira a servir ao convencimento do juiz, às partes se deve assegurar efetiva participação na audiência de instrução, nomeando-se defensor ao réu que não o tiver, bem como requisitando-o se preso estiver, sob pena de nulidade do ato. (TA CrimSP – Ap. nº 1.038.361/0 8ª C. – j. 9.1.1997 – Rel. Juiz Ericson Maranhão – RJD 35/112).

Todos os fatos, circunstâncias e acontecimentos relevantes ao processo devem ser demonstrados através de provas para a produção da convicção do juiz, solucionando o processo penal de forma clara e justa para as partes envolvidas.

No dizer de Arruda Alvim (1979, p.215), *“o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes”*.

Existe, portanto, alguns fatos que não precisam de provas. São eles: os fatos notórios, conhecidos como verdade sabida, os fatos inúteis na apuração da causa e as presunções legais.

Dessa forma, há que se tomar cautelas em relação à prova que deverá ser produzida para que não haja prejuízo quanto à celeridade do processo penal, uma vez que, neste, está em jogo a liberdade de um indivíduo.

Diz-se prova pessoal quando uma prova é obtida por uma manifestação humana. Temos como exemplos o testemunho, a confissão, o interrogatório.

Diz-se prova real quando uma prova é obtida por meio de apreciação de elementos físicos. Assim, temos os vestígios de um crime, cadáver, arma, etc.

---

<sup>1</sup> Havendo indícios de que a produção de provas não foi realizada sob a presidência do Juiz do processo, em ato do qual não participaram as partes, com patente inobservância do devido processo legal e do contraditório, a prova emprestada deve ser qualificada como ilícita, desprovida de qualquer eficácia, eivada de nulidade absoluta, insusceptível de ser sanada por força da preclusão. (STJ – REsp – Rel. Min. Vicente Leal – RT 743/589).

São admitidas no processo penal, todas as provas obtidas por meios lícitos, não só aquelas descritas no Código de Processo Penal, mas também toda e qualquer forma que se possa provar o alegado em juízo.

As provas têm por finalidade comprovar que o fato ocorreu conforme foi dito nos autos, isto é, tem a função de confirmar a versão apresentada pelas partes, para que então, o juiz possa ter a convicção e a certeza da verdade, realizando, assim, a pretensão da parte que melhor provou os fatos levados em juízo.

No mesmo sentido se manifesta Tourinho Filho (1999, p.236):

Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a *parte objecti*, quer a *parte subjecti*, deve ficar a cargo da Acusação.

Dessa forma, as provas levadas em juízo têm por finalidade a satisfação da pretensão penal e cabe à acusação provar o que foi alegado, isto é, a materialidade e autoria do crime, bem como as circunstâncias do crime.

Para que haja a condenação de um indivíduo, é necessário que existam provas da existência e da autoria do crime. Por outro lado, não havendo provas da autoria do indivíduo e, mesmo não havendo provas em sua defesa, este será absolvido por falta de provas, vez que, para que haja condenação, é fundamental a existência de provas no processo penal.

Esse é o princípio do *in dubio pro reo* que significa literalmente na dúvida, a favor do réu.

Isso porque, quem alega deve provar. Dessa forma, tanto o Ministério público nas ações penais públicas quanto o ofendido nas ações penais privadas têm o direito-dever de provar o alegado na peça acusatória.

É que, se houver erro no julgamento, em caso de condenação, o indivíduo preso injustiçado, terá um dano irreparável.

Por isso, a real importância das provas é um julgamento certo, para que não haja dúvidas quanto o autor do crime, fazendo com que o

desfecho da história seja justo tanto para o acusado, quanto para a vítima e a sociedade.

É por meio das provas que a autoridade judiciária reconhece o direito pleiteado pela parte. Assim, a prova tem por finalidade básica reconstruir os fatos, formar a convicção do juiz e satisfazer a pretensão da parte.

Provar é fornecer informações no processo sobre os fatos ocorridos que deram causa à instauração do mesmo.

Dessa forma, o acusador pretende demonstrar sua pretensão punitiva e o acusado, sua defesa. Essa demonstração é o que constitui prova.

O objetivo da prova é formar a convicção do juiz para que ele possa decidir a causa, solucionando o processo de forma justa.

Segundo Vicente Greco Filho (1997, p.194):

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico: sua finalidade prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

Assim, cabem às partes, através das provas, convencer ao juiz sobre o alegado e demonstrar a sua verdade sobre os fatos, isto porque a verdade real absoluta é impossível de ser alcançada.

Neste sentido é o posicionamento de Liebman (1973, p.157), reforçando que a verdade absoluta não será demonstrada no processo, mas que o ideal é que haja uma verossimilhança dos fatos para que o magistrado possa decidir a lide:

Por maior que possa ser o escrúpulo colocado na procura da verdade e copioso e relevante o material probatório disponível, o resultado ao qual o juiz poderá chegar conservará, sempre, um valor essencialmente relativo: estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica, daí tratar-

se sempre de um juízo de probabilidade, ainda que muito alta, de verossimilhança, como é próprio a todos os juízos históricos.

Certamente que as provas levadas a juízo pelas partes serão aquelas que as beneficiem. Portanto, nem tudo o que poderá ser provado, será demonstrado. Isto porque, cada parte envolvida produzirá a prova que é de seu interesse para satisfazer sua pretensão penal.

Dessa forma, dificilmente se conseguirá traduzir a verdade real sobre os fatos que deram causa ao processo.

A verdade deve ser sempre buscada pelo juiz, porém, muitas vezes, a verossimilhança dos fatos é suficiente para a existência e validade da sentença.

Mas é certo que, de acordo com os elementos colhidos, o juiz analisará o caso concreto e decidirá o processo da melhor forma possível, dentre as provas que foram produzidas pelas partes.

## **2.2 Espécies**

Vários são os meios de prova que se podem utilizar no processo. Desde que sejam legítimos e legais, as partes podem e devem utilizar as provas para a demonstração da verdade real sobre os fatos.

Sobre provas, Euclides Ferreira da Silva Júnior (1997, p.119), diz que:

São os instrumentos, as coisas e, mesmo, os procedimentos usados para demonstrar, no processo, uma determinada alegação feita, ou um determinado fato. Segundo o nosso Código de Processo Penal, temos os seguintes meios de prova: o exame de corpo de delito e outras perícias; o interrogatório do acusado; a confissão; as testemunhas; o reconhecimento de pessoas ou coisas; a acareação; os documentos; os indícios; e, a busca e a apreensão.

Sendo assim, as partes terão um amplo direito de provar a verdade dos fatos ocorridos e a veracidade de suas alegações em juízo.

*“Meios de prova”, conceitua Greco Filho (1998, p.199), “são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou da inexistência de um fato”.*

Quanto menos a lei limitar os tipos de prova, mais fácil será para as partes e para o juiz, apresentarem meios que definam os acontecimentos posteriores, de forma clara, que não restem dúvidas quanto à veracidade dos fatos alegados pelas partes, dando ao juiz mais material para uma decisão correta e justa para aquele caso concreto.

No mesmo sentido entende Júlio Fabbrini Mirabete (2000, p.218):

Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há limitações dos meios de prova. A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei. A investigação deve ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias do crime. Nada impede, portanto, que se utilizem provas com a utilização de meios técnicos ou científicos, como gravações em fita magnética, fotos, filmes, videofonograma etc., desde que obtidas licitamente.

Desse modo, qualquer limitação ao direito de provas prejudica a melhor exemplificação dos fatos ocorridos, dificultando a obtenção e demonstração da verdade.

Contudo, ao se deparar com uma prova ilícita no processo penal, o juiz terá que tomar todas as cautelas necessárias e analisar se esta prova ilícita poderá ou não ter validade no processo.

Utilizando-se de alguns princípios que regem o processo penal, bem como, fazendo uma análise para saber se com esta prova, apesar de ilícita, foi demonstrado nos autos a verdade real sobre os fatos, poderá o

magistrado utilizá-la e validá-la, protegendo ao direito de liberdade do réu e promovendo à justiça.

Em relação às provas, temos que elas poderão ser típicas ou atípicas. Típicas são aquelas elencadas e reguladas pelo direito positivo, isto é, são aquelas especificadas em lei. Já as atípicas, são aquelas provas que apesar de não estarem exemplificadas na lei, tem a mesma finalidade das demais, ou seja, são instrumentos capazes de traduzir e demonstrar a verdade real sobre os fatos pretéritos.

São exemplos de provas típicas a prova documental, a prova pericial, a prova testemunhal, o depoimento pessoal e interrogatório, a confissão, a exibição de documento ou coisa e a inspeção judicial.

Dessa forma, todos os meios legais e legítimos, ainda que não descritos em lei são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

No processo penal se busca uma decisão justa e fundamentada em fatos devidamente comprovados, evitando, assim, que as partes recorram a um novo julgamento.

Por esse motivo, a prova tem uma grande importância no processo penal, uma vez que é através dela que se demonstram os fatos ocorridos causadores do processo, sendo esta, a forma mais eficaz de se chegar à verdade.

### **2.3 Prova Ilegal**

A Magna Carta consagrou o princípio de que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI). Assim, o requisito fundamental para uma prova ser produzida é que ela seja lícita e legítima.

Uma prova ilegal, seja ela ilícita (aquela que afronta norma de direito material), seja ela ilegítima (a que esbarra na vedação da lei processual), deve ser rechaçada pelo juiz, uma vez que esta não se reveste da necessária idoneidade para a prova de fatos e, conseqüentemente, para o deslinde da causa posta sob apreciação.

Diante disso, temos que a prova ilícita pressupõe uma violação no momento em que a prova é colhida, seja referida violação anterior ou posterior ao processo, ao passo que na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo.

As provas ilegítimas são aquelas obtidas infringindo direito adjetivo, formal ou processual.

A prova ilegítima é aquela que agride um direito processual. Exemplo disso é o depoimento de uma testemunha parente do réu, em um processo penal, com termo de compromisso.

Ocorre que essa prova ilegítima pode ser saneada, basta refazer o depoimento agora sem a prestação do compromisso da testemunha.

Alexandre de Moraes (1999, p.114) assim dispõe sobre o tema:

As provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois se configuram pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico. (...) A regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade da pessoa humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado.

Dessa maneira, prova ilegal é o gênero que se subdivide em duas espécies: prova ilegítima e prova ilícita. Ambas, em regra, são inadmissíveis no processo penal, por violar norma de direito processual e material, respectivamente.

## 2.4 Prova Ilícita

Considera-se prova ilícita quando uma prova é colhida infringindo direito material assegurado por lei.

Os Professores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes (2006, p.109), de forma extremamente clara, assim definiram prova ilícita:

Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade. Constituem, assim, provas ilícitas, as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5º, III, da CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, da CF) etc.

Embora o objetivo do processo penal seja à busca da verdade real, certos limites deverão ser obedecidos no momento da produção das provas.

A Constituição Federal traz, no artigo 5º, inciso LVI, que as provas ilícitas não serão admitidas no processo:

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 (...)

LVI -são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Importante é observar, portanto, que tanto na colheita de prova, quanto na produção em juízo, alguns limites deverão ser respeitados para que o processo seja válido e de acordo com o ordenamento jurídico.

Diz, sobre o assunto, Julio Fabbrini Mirabete (2000, p.259):

Pode-se afirmar assim que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual pena, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material.

Portanto, se a prova violar norma de direito processual será tida como processualmente ilegítima. Ainda, se violar princípio ou norma de direito material, a prova será tida como ilícita.

Nosso Supremo Tribunal Federal, de forma a manter a garantia constitucional do *due process of law*, tem assim decidido:

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 "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 DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes 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 - DOCTRINA - 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)" (STF. RHC 90376 / RJ - RIO DE JANEIRO. RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 03/04/2007. Órgão Julgador: Segunda Turma)

Dessa forma, para a proteção das garantias constitucionais, como a segurança jurídica, o direito à intimidade e à privacidade, temos que a regra geral é que as provas ilícitas não sejam utilizadas no processo penal.

Assim, a Constituição Federal tem conteúdo vedatório em relação à obtenção e utilização de provas ilícitas no processo, o que mostra a efetiva proteção dos direitos e garantias constitucionais, de forma a impedir o autoritarismo do Estado.

Neste passo, Ada Pellegrini Grinover (1982, p.151) diz que:

A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. (...) Nesses casos, é irrelevante porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil. (...) toda vez que uma prova for colhida em desrespeito aos princípios constitucionais, expressos ou implícitos, no que concerne à tutela do direito à intimidade e de seus desdobramentos, a referida prova não poderá ser admitida no processo, por subsumir-se no conceito de inconstitucionalidade.

Desse modo, a regra é a não aceitação de provas ilícitas no processo penal, por violar norma de direito material.

Ocorre que, excepcionalmente, ao se verificar uma prova ilícita tanto na fase de inquérito como na fase processual, poderá o juiz se valer dela quando esta for de fundamental importância para um processo onde o crime seja grave e de grande relevância social.

Isto porque, não havendo outro meio de obtenção de uma prova fundamental para a decisão do processo que não seja de forma ilícita, sendo esta levada aos autos para o esclarecimento dos verdadeiros fatos ocorridos no dia do crime, bem como para análise de admissibilidade da prova pelo magistrado, poderá, de forma exclusiva, aceitar sua produção e entranhamento no processo.

Dessa forma, ao se deparar com uma prova ilícita no processo, antes de julgá-la inválida, importante é o nobre magistrado observar todas as circunstâncias e elementos do caso. Sendo ela relevante ao processo, tanto como forma de demonstração dos fatos como forma de convencimento do juiz, esta prova poderá ser utilizada e validada no processo penal.

Segundo Barbosa Moreira (1997, p.109) existem duas teses radicais sobre a questão das provas adquiridas com infração a uma norma jurídica:

De acordo com a primeira tese devem prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtraia à prova o valor que possui como elemento útil para formar o convencimento do juiz, a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Já para a segunda tese, o direito não pode prestigiar o comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.

Há, portanto, de um lado, aqueles que acreditam que as provas ilícitas poderão ser utilizadas no processo penal para formar o convencimento do magistrado sobre os fatos, sem prejuízo de sanção para aquele que ofendeu norma jurídica.

De outro lado, por conseguinte, há aqueles que não admitem o entranhamento de provas ilícitas nos autos, porque, para eles, admitindo as referidas provas, estariam prestigiando um comportamento antijurídico.

Assim, surge uma nova corrente intermediária sobre o assunto a qual acredita que o melhor seria uma fusão entre essas duas correntes extremistas.

No mesmo sentido, é o entendimento de Nelson Nery Júnior (1997, p.147):

Não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeitsmaxime), devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais.

Sendo assim, é importante analisar cada caso concreto para se aplicar a corrente necessária e adequada para melhor solucionar o processo, seja introduzindo ou não uma prova ilícita nos autos.

#### **2.4.1 Provas ilícitas por derivação**

Como já vimos, as provas ilícitas, em regra, não são admitidas no processo penal por infringir norma de direito material.

Há, ainda, provas materiais e processualmente inválidas, advindas de uma prova obtida ilicitamente; são as chamadas provas ilícitas por derivação.

Uma nova redação ao Código de Processo Penal confirmou a vedação das provas ilícitas no processo penal, bem como trouxe a figura das provas ilícitas por derivação.

Além disso, trouxe os casos em que será possível a utilização da prova derivada de uma prova ilícita, sendo a primeira, obtida por uma fonte independente da prova originária (ilícita).

Diz o Código de Processo Penal:

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.

Se uma prova for obtida através de uma outra prova, sendo esta ilícita, a primeira, apesar de inicialmente lícita, torna-se ilícita também.

Isto porque, segundo a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (“Fruits of Poisonous Tree”), criada pela Suprema Corte Americana, o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. Desse modo, a prova ilícita por derivação fica maculada pela prova ilícita originária quando não for possível descobri-la de outra forma que não seja através daquela.

Exemplo disso é quando há uma interceptação telefônica clandestina feita pela Polícia, e que por meio dela, descobre-se uma testemunha, na qual, através de seu depoimento em juízo, incrimina ou absolve o acusado.

Há quem diga que, agindo assim, a prova testemunhal seria ilícita, uma vez que esta foi descoberta por meios ilícitos, ou seja, pela interceptação clandestina.

Luiz Flávio Gomes (2008, s.p.), ao discorrer sobre as recentes alterações promovidas pela Lei n.º 11.690/2008, assim leciona:

Como se vê, o tema das provas ilícitas tem total afinidade com o dos direitos fundamentais da pessoa. Todas as regras que disciplinam a obtenção das provas são, evidentemente, voltadas para os órgãos persecutórios do Estado, que não podem conquistar nenhuma prova violando as limitações constitucionais e legais existentes. Descobrir a

verdade dos fatos ocorridos é função do Estado, mas isso não pode ser feito a qualquer custo.

Desse modo, é preciso observar certos limites para obter provas no processo penal, respeitando os direitos fundamentais do ser humano.

É certo que, não se pode cometer um crime para conseguir uma prova que absolva ou condene o réu. Esta será tida como ilícita, conforme a regra geral.

A orientação que vem sendo sufragada pelo nosso Pretório Excelso:

Examinando novamente o problema da validade de provas cuja obtenção não teria sido possível sem o conhecimento de informações provenientes de escuta telefônica autorizada por juiz – prova que o STF considera ilícita, até que seja regulamentado o art. 5º, XII, da CF (‘É inviolável o sigilo de 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’), o Tribunal, por maioria de votos, aplicando a doutrina dos ‘frutos da árvore envenenada’, concedeu habeas corpus impetrado em favor de advogado acusado do crime de exploração de prestígio (CP, art. 357, pá. ún.), por haver solicitado a seu cliente (preso em penitenciária) determinada importância em dinheiro, a pretexto de entregá-la ao juiz de sua causa. Entendeu-se que o testemunho do cliente – ao qual se chegara exclusivamente em razão da escuta –, confirmando a solicitação feita pelo advogado na conversa telefônica, estaria ‘contaminado’ pela ilicitude da prova originária. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que indeferiam o habeas corpus, ao fundamento de que somente a prova ilícita – no caso, a escuta – devia ser desprezada. Precedentes citados: HC 69.912/RS (DJU 26.11.1993) e HC 73.351/SP” (STF – TP – HC nº 72.588 – Rel. Min. Maurício Corrêa – j. 9.5.1996 – Inf. STF de 10 a 14.6.1996).

Dessa forma, o nosso Supremo Tribunal Federal, como muito bem expôs, entende que uma prova inicialmente tida como lícita, sendo esta colhida por meio de uma prova ilícita, estaria contaminada pela ilicitude da prova originária.

O STF aplicou a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, confirmando que a prova ilícita por derivação fica maculada pela prova ilícita da qual ela se derivou.

De outro lado, temos a Teoria da Fonte Independente, que acredita que a prova ilícita por derivação, seria descoberta de qualquer forma, mesmo sem a ilicitude.

Quando as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras, estas serão tidas como lícitas e poderão ser utilizadas no processo penal.

Lecionam Grinover, Scarance e Gomes Filho (2006, pág. 109):

No entanto, é preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional: excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo, na *inevitable discovery*. Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo.

É certo que, para que a prova derivada seja admitida no processo, é necessário que esta se derive de fonte própria<sup>2</sup>.

Ainda nesse sentido, é fundamental que a prova ilícita não tenha sido determinante para a descoberta da prova derivada, uma vez que esta deve ser independente daquela<sup>3</sup>.

No mesmo sentido parece ser a orientação que está se firmando nos nossos Tribunais, conforme se infere nos seguintes julgados:

---

<sup>2</sup> Se o que ensejou o início das investigações sobre as atividades delitivas foram denúncias recebidas por agentes de polícia, cujos depoimentos constituem prova autônoma e não contaminada pela prova viciada, torna-se inquestionável a licitude da persecução criminal. A prova ilícita caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única ou a primeira produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito. Não logrando colher-se dos elementos do processo a resultante consequência de que toda a prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal. (STF – 2ª T. – HC – j. 22.4.1997 – RTJ 164/975).

<sup>3</sup> Se a acusação resulta de um conjunto probatório, no qual a escuta telefônica, judicialmente autorizada, foi apenas um meio para se chegar à verdade dos fatos, tem-se por excluída a tese da ilicitude da prova, com base na teoria da árvore envenenada. (STJ – 6ª T. – HC nº 5.062 – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 10.12.1996 – DJU de 1º.6.1998, págs. 184-185).

A prova ilícita, caracterizada pela violação de sigilo bancário sem autorização judicial, não sendo a única mencionada na denúncia, não compromete a validade das demais provas que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, integram o conjunto probatório. Não estando a denúncia respaldada exclusivamente em provas obtidas por meios ilícitos, que devem ser desentranhadas dos autos, não há porque declarar-se a sua inépcia, porquanto remanesce prova lícita e autônoma, não contaminada pelo vício da inconstitucionalidade. (STF – 2ª T. – RHC – j. 22.4.1997 – Rel. Min. Maurício Corrêa – RTJ 164/1.010).

Conclui-se, portanto, que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para a descoberta da prova derivada, ou se esta derivar de fonte própria, não ficará contaminada e poderá ser produzida em juízo.

Necessário, se faz demonstrar que a prova derivada não possuía nenhuma correlação direta à ilegalidade da prova ilícita originária.

#### **2.4.2 Do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados**

A Magna Carta de 1988 garante o direito à intimidade, à privacidade, à honra e todas as suas formas de manifestação, isto é, a inviolabilidade de domicílio, das comunicações e da correspondência.

Ocorre que esses direitos garantidos na Constituição Federal não são absolutos. Isto porque esses direitos podem ser limitados. Este é o pensamento de Marco Antônio Garcia de Pinho (2007, s.p.):

É o que ocorre, v.g., com relação ao sigilo de correspondência, cuja inviolabilidade é até prevista como crime. Desde que presente autorização judicial, poderá haver quebra do mencionado sigilo porque devidamente prevista em lei, justificada por necessidade cautelar, no curso da investigação ou instrução criminal, tal como ocorre em relação às comunicações telefônicas. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo, salvo para defesa de direito de seu destinatário. A doutrina tem entendido que a interceptação de correspondência constitui prova ilícita mesmo quando a apreensão de cartas ocorre em busca e apreensão, ainda que judicialmente

autorizada, entendendo que o art. 240, § 1º, f, do CPP não foi recepcionado pela CF, que garante, sem exceções, a inviolabilidade da correspondência em seu artigo 5º, XII.

Vale ressaltar que a violação de correspondência e das comunicações telegráficas e de dados é prevista como crime, dada a real importância do direito à intimidade e privacidade. Esses direitos encontram alguns limites. Exemplo disso é a autorização judicial. Com esta, o sigilo de correspondência poderá ser quebrado.

Alguns doutrinadores têm entendido que a apreensão de correspondências em busca e apreensão, ainda que autorizadas judicialmente, são consideradas provas ilícitas.

Nossos Tribunais têm assim julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E CORRUPÇÃO PASSIVA. NULIDADE PROCESSUAL. ILICITUDE DE PROVAS ORIUNDAS DA INTERCEPTAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA. SIGILO ABSOLUTO. DIREITO FUNDAMENTAL. PONDERAÇÃO. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. INEXISTÊNCIA DE DIREITOS ABSOLUTOS. COEXISTÊNCIA ENTRE OS DIREITOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal, contemplados na dimensão objetiva, consistem em norte para atuação valorativa do Estado na realização do bem comum. Já na dimensão subjetiva, permitem ao indivíduo se sobrepor à arbitrariedade estatal.

2. O Estado tem o dever de proteção dos indivíduos frente ao próprio poder estatal (eficácia vertical), bem como em face da própria sociedade, justificando a eficácia horizontal dos direitos humanos nas relações particulares.

3. Não há falar em sobreposição de um direito fundamental sobre outro. Eles devem coexistir simultaneamente. Havendo aparente conflito entre eles, deve o magistrado buscar o verdadeiro significado da norma, em harmonia com as finalidades precípua do texto constitucional, ponderando entre os valores em análise, e optar por aquele que melhor resguarde a sociedade e o Estado Democrático.

4. Os direitos e garantias fundamentais, por possuírem característica essencial no Estado Democrático, não podem servir de esteio para impunidade de condutas ilícitas, razão por que não vislumbro constrangimento ilegal na captação de provas por meio da quebra do sigilo de correspondência, direito assegurado no art. 5º, XII, da CF, mas que não detém, por certo, natureza absoluta.

5. Ordem denegada. (STJ . HC 97336 / RJ . HABEAS CORPUS 2007/0305250-1 MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA (1128) T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento 15/06/2010)

Dessa forma, tem-se que a regra é a inviolabilidade das correspondências e das comunicações telegráficas e de dados, direito esse que garante o sigilo das mesmas, efetivando, assim, os direitos fundamentais de intimidade e privacidade.

Excepcionalmente, esses direitos garantidos pela Constituição Federal poderão ser limitados, violando o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas e de dados, quando autorizados judicialmente.

#### **2.4.3 Do sigilo das comunicações telefônicas e dos sistemas de informática e telemática**

A Constituição Federal garante o sigilo das comunicações telefônicas e dos sistemas de informática e telemática. Trata-se de uma garantia constitucional de toda pessoa e, sendo esta descumprida, ou seja, sendo realizada sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, constitui crime.

Assim diz o artigo 5º, inc. XII, da Constituição Federal de 1988:

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; (L-009.296-1996 - Regulamentação)

Dessa maneira, vemos que o direito constitucional ao sigilo não é absoluto, uma vez que comporta exceções.

Temos, portanto, que a regra é a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas e dos sistemas de informática e telemática.

A Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996 regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

A interceptação de comunicações telefônicas só será admitida quando houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e quando o fato investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão.

Preenchidos esses requisitos, a interceptação poderá ser determinada pelo juiz, *ex officio* ou a requerimento do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal e da autoridade policial, na investigação criminal.

Ainda, se a interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática se realizar com objetivos não autorizados em lei ou sem a devida autorização judicial, constituirá crime.

Assim têm entendido nossos Tribunais:

HABEAS CORPUS. "OPERAÇÃO ANACONDA". INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGAÇÕES DE NULIDADE QUANTO ÀS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPORTANTE INSTRUMENTO DE INVESTIGAÇÃO E APURAÇÃO DE ILÍCITOS. ART. 5º DA LEI 9.296/1996: PRAZO DE 15 DIAS PRORROGÁVEL UMA ÚNICA VEZ POR IGUAL PERÍODO. SUBSISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS QUE CONDUZIRAM À DECRETAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DECISÕES FUNDAMENTADAS E RAZOÁVEIS. A aparente limitação imposta pelo art. 5º da Lei 9.296/1996 não constitui óbice à viabilidade das múltiplas renovações das autorizações. DESVIO DE FINALIDADE NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, O QUE TERIA IMPLICADO CONHECIMENTO NÃO-AUTORIZADO DE OUTRO CRIME. O objetivo das investigações era apurar o envolvimento de policiais federais e magistrados em crime contra a Administração. Não se pode falar, portanto, em conhecimento fortuito de fato em tese criminoso, estranho ao objeto das investigações. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL DE ALAGOAS PARA AUTORIZAR A REALIZAÇÃO DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS QUE ENVOLVEM MAGISTRADOS PAULISTAS. As investigações foram iniciadas na Justiça Federal de Alagoas em razão das suspeitas de envolvimento de policiais federais em atividades criminosas. Diante da descoberta de possível envolvimento de magistrados paulistas, o procedimento investigatório foi imediatamente encaminhado ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, onde as investigações tiveram prosseguimento, com o aproveitamento das provas até então produzidas. ATIPICIDADE DE CONDUTAS, DADA A FALTA DE DESCRIÇÃO OBJETIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS ELEMENTARES DOS TIPOS PENAS. ART. 10 DA LEI 9.296/1996: REALIZAR INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS, DE INFORMÁTICA OU TELEMÁTICA, OU QUEBRAR SEGREDO DE JUSTIÇA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU COM OBJETIVOS NÃO-AUTORIZADOS EM LEI. Inexistem, nos autos, elementos sólidos aptos a demonstrar a não-realização da interceptação de que o paciente teria participado. Habeas corpus indeferido nessa parte. DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. DISCREPÂNCIA ACERCA DO LOCAL ONDE SE ENCONTRA DEPOSITADA DETERMINADA QUANTIA MONETÁRIA. A denúncia é inepta, pois não especificou o fato juridicamente relevante que teria resultado da suposta falsidade - art. 299 do Código Penal. Habeas corpus deferido nessa parte. (HC 84388 / SP - SÃO PAULO . HABEAS CORPUS - Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 26/10/2004. Órgão Julgador: Segunda Turma)

Temos assim, a aplicação do art. 10 da Lei n.º 9.296/96. Trata-se de crime praticado através da realização de interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática com objetivos não autorizados, mesmo havendo autorização judicial, ou seja, prova não pode ser reaproveitada. Para cada investigação criminal é preciso uma nova autorização judicial.

Dessa forma, para que a gravação seja considerada como prova lícita, é necessário que haja autorização judicial, ou, sendo esta gravação feita por um dos interlocutores. Neste mesmo sentido é que temos os julgados:

Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscricção da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilícitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece

inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido. (HC 80949 / RJ - RIO DE JANEIRO . HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 30/10/2001 . Órgão Julgador: Primeira Turma)

Sendo a gravação feita por um dos interlocutores, não considerar-se-á prova ilícita. Será tida como prova ilícita, a gravação feita por um terceiro.

Ainda, mesmo que um dos interlocutores autorize a gravação da conversa, feita por um terceiro, esta será tida como ilícita.

A autorização para a gravação ser considerada como prova lícita, terá que ser judicial, não bastando apenas a autorização de um dos interlocutores<sup>4</sup>.

Certo é que, para ser concedida a interceptação, é preciso que seja descrita a situação objeto da investigação. Desse modo, a autorização para a interceptação se restringe ao objeto em que foi proposto.

Assim, se a interceptação é realizada para a investigação de um crime, não se poderá investigar outros crimes. Para isso, é preciso uma nova autorização judicial, com novos dados.

---

<sup>4</sup> CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO, AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. GRAVAÇÃO. CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. INEXISTÊNCIA DE CAUSA LEGAL DE SIGILO OU DE RESERVA DE CONVERSAÇÃO. LICITUDE DA PROVA. ART. 5º, XII e LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação não é considerada prova ilícita. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido.

### 3 PRINCÍPIOS

Princípio é um começo, um fundamento. Uma fonte de onde as coisas procedem. Princípios são as essências fundamentais das coisas.

Temos, assim, que princípios são os norteadores do direito, é a origem de onde todas as leis se derivam.

O princípio tem o dever imediato de indicar um estado ideal mas não aponta a conduta para se alcançar tal estado; ele é fluido. Tem o dever mediato de adotar uma conduta necessária para chegar ao estado ideal, e isso se faz através das regras, que descrevem uma conduta a qual deve ser seguida pelo ser humano.

No processo penal, os princípios se configuram como garantias processuais das pessoas as quais são submetidas à persecução penal. Os princípios demarcam um perfil específico para o devido processo legal no âmbito penal.

Tais princípios regem o ordenamento jurídico, mais precisamente no processo penal, para que as garantias e direitos do indivíduo sejam resguardados durante toda a persecução penal.

#### 3.1 Conceito

Vários são os conceitos de princípios. O dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1996, s.p.) define princípio em várias acepções:

*Princípio*: 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem [...]. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4. *Preceito, regra, lei*. 5. *P. ext.* Base; germe [...]. 6. *Filos.* Fonte ou causa de uma ação. 7. *Filos.* Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas etc.

Segundo o saudoso e renomado doutrinador Miguel Reale (1996, p.300): os princípios gerais do direito “são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico em sua aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas”.

Assim nos ensina Isabella Rodrigues Rocha de Carvalho (2008, s.p.):

Procurando o melhor conceito da palavra princípio, apresentamos o seguinte: "mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico..."

Com efeito, os princípios, até por definição, formam a origem de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas. Quando o legislador se propõe a normatizar a conjuntura social, o faz, sempre, consciente ou não, a partir de algum princípio. Logo, eles são as idéias basilares que servem de embasamento ao direito positivo. Daí a importância de seu conhecimento para a interpretação do direito, que deve ser sempre realizada através das intenções trazidas pelos preceitos principiológicos.

Portanto, os princípios são espécies do gênero norma que se caracterizam por possibilitar que a medida de seu cumprimento se dê em diferentes graus, sendo verdadeiros "mandamentos de otimização", isto é, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Eles não estabelecem conseqüências automáticas, mas tão somente atuam como uma espécie de vetor apontando a direção a ser seguida na decisão.

Portanto, princípio é a origem de onde se derivam as normas do ordenamento jurídico. É a busca de um estado ideal a ser atingido. São mandamentos que ordenam a realização de algo da melhor forma possível, agindo de forma a causar um bem para toda a sociedade.

### **3.2 Diferenças Entre Princípio e Regra**

Princípios e regras são espécies do gênero norma, ou seja, toda norma é um princípio ou uma regra.

Fábio Rodrigo Victorino (2007, s.p) diz que:

Regras e princípios se distinguem qualitativamente e ocupam a condição de espécies do gênero norma jurídica. Os princípios encartam valores indefinidos e são mandamentos de otimização: normas que determinam que uma medida seja aplicada da maneira mais completa possível, dentre as possibilidades jurídicas e fáticas admissíveis. As regras são mandamentos prescritivos aplicados mediante subsunção. Dados os fatos regulamentados por uma regra, entra em cena o sistema *all or nothing*: ou ela é considerada válida – vindo a ser aplicada –, ou é considerada inválida, nada contribuindo para a decisão.

Devemos ficar atentos que princípio se difere de regra.

Autor	REGRA	PRINCÍPIO
DWORKIN	Regra é tudo ou nada. Ou pode, ou não pode.	É questão de “peso”. Proporcional, razoabilidade.
ALEXY	Regra é um “mandamento absoluto ou definitivo”.	É um “mandamento de otimização”.

Edgar Köhn (2006, s.p.) nos ensina que:

Conforme Alexy, norma é o gênero, do qual princípio e regra são espécies. No Direito, especificamente, existem três tipos de princípios, os princípios gerais de Direito, os princípios constitucionais e os infraconstitucionais. Alexy apresenta posições reduzidas enquanto princípios têm um grau de generalidade elevado, ou conforme quais as normas seriam fundamentações para regras (estas normas seriam então princípios) ou regras em si, e outros. Porém Alexy refuta todas estas posições, alegando, que podem existir regras com grau de generalidade elevado e que seriam fundamentos para outras regras. Ele destaca, que entre regras e princípios não há só uma diferença gradual, senão também uma diferença qualitativa e diz que existe um critério que permite distinguir princípios e regras. Este critério é o fato de que princípios são "mandamentos de otimização" que admitem um cumprimento gradual, enquanto regras só admitem um cumprimento pleno. Ou seja, para Alexy, princípios prescrevem que, algo deve ser cumprido da melhor forma possível, dentro das possibilidades práticas e jurídicas enquanto uma regra deve ser cumprida totalmente. Diferente dos princípios a regra já considerou as possibilidades práticas e jurídicas na sua fixação e, portanto, deve ser cumprido integralmente, sem questionar se seu cumprimento é juridicamente e praticamente possível. Assim a diferenciação entre princípios e regras é qualitativa e não gradual. Esclarecido isso, Alexy destaca que, toda norma é uma regra ou um princípio.

Temos, então, que os princípios admitem um cumprimento gradual, enquanto que as normas admitem um cumprimento pleno. Sendo assim, as regras devem ser cumpridas integralmente, uma vez que os princípios são apenas mandamentos de otimização.

### 3.3 Princípio da Verdade Real

O princípio norteador do processo penal que move toda a estrutura estatal é a busca pela verdade real.

Em princípio, todos os meios probatórios são válidos para comprovar a verdade real sobre os fatos.

Humberto Theodoro Júnior (2004, p.09) diz que:

O juiz não se preocupava em pesquisar a verdade propriamente dita, mas apenas em apurar qual o litigante que conseguiria se sair melhor nos complicados jogos processuais. O resultado era o estabelecimento de uma verdade puramente formal, o que, como é óbvio, impregnava o julgamento de alta dose de injustiça, na grande maioria das demandas. Do Século XVIII até o atual, principalmente depois da vitória da razão e do iluminismo na Revolução Francesa, a atividade judicante alterou completamente seus objetivos. A disputa entre os litigantes passou a ser um debate lógico e o juiz se tornou um participante ativo na evolução do processo, de modo a formar seu julgamento à base de um racional convencimento diante das provas carreadas para os autos.

À verdade formal sucedeu a verdade real ou material, como escopo do processo e como fundamento da sentença. Aboliram-se as tariffações de provas por lei e o conceito jurídico de prova passou a ser o de elemento de convicção. Se o magistrado não se convencer diante do meio probatório produzido, prova não teria havido. Prova realmente só ocorreria quando fosse o juiz conduzido ao verdadeiro convencimento acerca do fato alegado.

O processo evoluiu do conceito privatístico que o primitivo direito romano forjara (*ordo iudiciorum privatorum*) para um caráter acentuadamente publicístico. A função da jurisdição deixara de ser apenas a de propiciar instrumentos aos litigantes para solução de seus conflitos, passando a desempenhar relevante missão de ordem pública na pacificação social sob o império da lei.

No processo moderno, a eliminação dos litígios, de maneira legal e justa, é interesse tanto das partes, como do juiz e da própria comunidade.

Por isso, é fundamental para a melhor solução dos conflitos, que, no processo penal, possam ser esclarecidos os fatos, trazendo à tona, a verdade real.

É certo que, a verdade real absoluta sobre os fatos é um ideal inatingível. Dessa forma, é imprescindível que o juiz analise as provas trazidas pelas partes de forma a reconstruir os fatos, aos quais deram causa ao processo.

Sobre o assunto Julio Fabbrini Mirabete (s.a., s.p.) entende que:

Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o jus *puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil. Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal. No processo penal brasileiro o princípio da verdade real não vige em toda a sua inteireza. Não se permite que, após uma absolvição transitada em julgado seja ela rescindida, mesmo quando surjam provas concludentes contra o agente. A transação é permitida, por exemplo, nas ações privadas com o perdão do ofendido. A omissão ou desídia do querelante pode provocar a perempção. Há, também, inúmeras outras causas de extinção da punibilidade que podem impedir a descoberta da verdade real.

Sendo assim, a verdade real não é sempre buscada. Existem casos que impedem a descoberta da verdade. Mas a regra é que este princípio seja vigente em toda sua inteireza.

### **3.4 Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz**

Ao contrário de como era o antigo sistema da verdade legal, onde o juiz ficava preso ao formalismo da lei, com o Princípio do Livre

Convencimento Motivado do Juiz, este irá embasar suas decisões nas provas existentes nos autos, levando em conta sua livre convicção pessoal motivada.

Paulo Henrique de Godoy Sumariva (2007, s.p.) entende que:

Com efeito, prevalece no direito pátrio a aplicação do sistema da livre convicção motivada ou persuasão racional do magistrado ao decidir uma lide. Entretanto, sabemos que muitos delitos dependem substancialmente da prova técnica para a sua materialização ou mesmo para reconhecer uma qualificadora. Podemos citar, por exemplo, todo o exame pericial contábil nos crimes contra a ordem tributária, ou ainda o exame necroscópico nos crimes de homicídio.

Certo é que, havendo uma prova técnica, dificilmente o juiz irá julgar o processo em sentido contrário a esta, uma vez que um perito, especialista na área, tem mais conhecimento sobre determinado assunto que o nobre magistrado.

Entretanto, cabe ao juiz analisar as provas dos autos e sentenciar de acordo com sua convicção, desde que a faça motivadamente, observando os parâmetros de legalidade e de razoabilidade<sup>5</sup>.

Nesse sentido têm entendido os nossos Tribunais:

Recurso em Habeas Corpus recebido como Habeas Corpus. Princípio do livre convencimento motivado do Juiz. Valoração de provas. Confissão. (...) 3 Vigê em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova. 4. Tem-se, assim, que a confissão do réu, quando desarmônica com as demais provas do processo, deve ser valorada

---

<sup>5</sup> A matéria debatida no corpo do especial refere-se à prova constante dos autos, de sorte, que seu reexame é vedado pelo Enunciado da Súmula 7/STJ. Em se tratando de matéria de prova, interessante o Princípio do Livre Convencimento Motivado, segundo o qual, o magistrado à luz das alegações de ambas as partes, bem as circunstâncias existentes nos autos, formula sua decisão, justificando as razões de seu convencimento, sem estar adstrito a tal ou qual prova. (STJ. Recurso especial. Prova pericial. Princípio do Livre Convencimento do Juiz. Verificação. Impossibilidade no especial. Súmula 7/STJ. CPC, arts. 131 e 541. Lei 8.038/90, art. 26).

com reservas. Inteligência do artigo 197 do Código de Processo Penal. 5. A sentença absolutória de 1º grau apontou motivos robustos para pôr em dúvida a autoria do delito. Malgrado a confissão havida, as demais provas dos autos sustentam, quando menos, a aplicação do princípio do favor rei. 6. Habeas corpus concedido.

(STF, RECURSO EM HABEAS CORPUS- RHC 91691, Relator Min. MENEZES DIREITO, v.u., 1ª Turma, 19.02.2008)

O magistrado não terá sua decisão vinculada, estando livre para valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, bem como conceder uma sentença conforme sua convicção, justificando e fundamentando as razões de seu convencimento<sup>6</sup>.

Desse modo, o Princípio do Livre Convencimento do Juiz é imprescindível à efetivação de uma justiça real, pois, através dele é que se garante o livre exercício da magistratura, sendo este uma função essencial e necessária no ordenamento jurídico vigente.

### **3.5 Princípio da Proporcionalidade**

O Princípio da Proporcionalidade está relacionada à harmonia que deve existir entre as normas, os princípios constitucionais e a sua aplicação no caso concreto.

Havendo conflitos de direitos e garantias, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores fundamentais contrastantes, deverão ser

---

<sup>6</sup> Ademais, não se verifica, no caso, a alegada vulneração do art. 458, II, do CPC, porquanto a Corte local apreciou a lide, discutindo e dirimindo as questões fáticas e jurídicas que lhe foram submetidas. O teor do acórdão recorrido resulta de exercício lógico, restando mantida a pertinência entre os fundamentos e a conclusão. De outra parte, o Princípio do Livre Convencimento do Juiz confere ao magistrado o poder-dever de analisar os fatos e fundamentos que entende necessários ao equacionamento. (STJ. Recurso especial. Pertinência entre os fundamentos e a conclusão. Princípio do Livre Convencimento do Juiz. Considerações do Min. Luis Felipe Salomão sobre o tema. CPC, arts. 131, 458, II e 541. Lei 8.038/90, art. 26).

sopesados a fim de se verificar qual se sobrepõe ao outro, num determinado caso concreto.

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio e Carlos Affonso Pereira de Souza (s.a., s.p.), nos explica que:

O princípio ora em voga terminou por ser dividido em três subprincípios, quais foram, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, como consequência dos avanços doutrinários nesta área. (...) Por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a um sistema de valoração, na medida em que ao se garantir um direito muitas vezes é preciso restringir outro, situação juridicamente aceitável somente após um estudo teleológico, no qual se conclua que o direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido. O juízo de proporcionalidade permite um perfeito equilíbrio entre o fim almejado e o meio empregado, ou seja, o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da mesma. Além dos três requisitos intrínsecos acima mencionados, pode-se elencar ainda, como pressupostos do princípio da proporcionalidade, a legalidade e a justificação teleológica, e como requisitos extrínsecos para sua aplicação, a verificação da judicialidade (o órgão de onde emana a decisão judicial deve ser competente e respeitar as hipóteses de limitação previstas pela norma) e da motivação.

Para se garantir um direito às vezes é preciso restringir outro. Essa valoração de direitos deve ser aplicada conforme o princípio da proporcionalidade, onde deve haver um equilíbrio entre o meio empregado e o fim almejado, isto é, o direito garantido deve preponderar sobre o direito restringido.

No ordenamento jurídico brasileiro há a necessidade de harmonia entre as normas constitucionais. Sendo assim, a Teoria ou Princípio da Proporcionalidade é invocada para solucionar tais conflitos.

Portanto, será possível o sacrifício de direitos e garantias constitucionais em prol de outro direito ou garantia constitucional que seja preponderante aos primeiros.

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça, quando aplicou o princípio da proporcionalidade a respeito de prova ilícitas:

PENAL. PROCESSUAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. "HABEAS CORPUS". RECURSO.

1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal.
2. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cujo harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade.
3. Precedentes do STF. (RHC nº 7216/SP, STJ, 5ªT, Rel. Min. Edson Vidigal, D. J. 25.05.98, por unanimidade, negar provimento).

Todo direito e garantia, por mais importantes que sejam, sempre encontram limites a outros de valor igual ou superior, dada a relatividade dos mesmos.

Diante de tal conflito de direitos, deve-se analisar alguns aspectos importantes com relação a qual deles deverá prevalecer. Não poderá utilizar de prova ilícita quando o direito/garantia violado é maior do que o protegido, uma vez que, com isso, ocorreria uma promoção de injustiça e insegurança jurídica, além do aumento da ilicitude para a obtenção de provas.

Ao contrário, se o direito violado for de menor importância para aquele caso, protegendo, assim, o direito/garantia maior, a utilização da prova ilícita se faz necessário para atingir o objetivo do processo penal, o qual é encontrar a verdade real sobre os fatos pretéritos, e assim, fazer justiça.

Este é o pensamento de Tourinho Filho (1999, p.236):

Na verdade, se a inadmissibilidade das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais do homem, não pode repugnar à comum consciência jurídica o fato de a defesa conseguir por meio ilícito prova que demonstre a inocência do imputado. Poder-se-á, então, dizer: "*male captum, bene retentum*" (...) É preciso que nos pratos afilados da balança sejam pesados os bens jurídicos envolvidos, e, à evidência, a tutela do direito de liberdade do indivíduo "es un valor más importante para la sociedad" que a tutela do outro bem protegido pela proteção do sigilo. Assim, uma interceptação telefônica, mesmo ao arrepio da lei, se for necessariamente essencial a demonstrar a inocência do acusado, não pode ser expungida dos autos. Entre o sigilo das comunicações e o direito de liberdade, este supera aquele.

Desse modo, em caráter excepcional, ou seja, em casos extremamente graves poderá o juiz admitir a prova ilícita no processo penal,

quando for necessário para que haja equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.

No mesmo sentido se manifesta Greco Filho (1997, p.194):

Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais.

Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito. Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência do inc. LVI do art. 5º da Constituição, que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse.

Dessa forma, fica claro que a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas não é absoluta, uma vez que poderá ser utilizada no processo penal, aplicando-se o Princípio da Proporcionalidade, onde o uso da prova ilícita prepondera-se sobre o direito garantido.

Do mesmo modo é a orientação acolhida por Grinover, Scarance e Gomes Filho (2006, p.109):

Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do favor rei" (...) "Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade.

Portanto, utilizando-se do Princípio da Proporcionalidade, temos que as provas ilícitas, em casos excepcionais, poderão ser usadas no processo, uma vez que, apesar de ferir o ordenamento jurídico, com sua utilização, o processo poderá ser mais justo para as partes, protegendo o direito sobreposto.

## 4 DA PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO EM BENEFÍCIO DO RÉU

Havendo a colisão de princípios em um caso determinado, deve aplicar o princípio mais adequado para garantir e resguardar os direitos fundamentais do indivíduo.

Quando se tem uma prova ilícita obtida em favor do réu, os princípios passam a entrar em conflito. São eles: inadmissibilidade das provas ilícitas contra o princípio da ampla defesa e da não-culpabilidade.

Desse modo, há entendimentos que será possível a utilização de uma prova obtida ilicitamente se o acusado conseguir demonstrar com esta, sua inocência, pois, certo é, que o direito de liberdade se sobrepõe à inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal.

Ainda, não seria justo que alguém fosse condenado por uma infração penal, quando se poderia demonstrar sua inocência, mesmo que esta seja comprovada através de uma prova obtida por meios ilícitos.

Salienta César Dario Mariano da Silva (2007, p.27):

É claro que aquela pessoa que obtiver uma prova de maneira ilícita deverá ser punida, caso a sua conduta seja criminosa. Uma coisa é a utilização dessa prova judicialmente, outra é a apuração da prática delitiva devido à sua obtenção. Por outro lado, hoje é entendimento majoritário na jurisprudência e doutrina que a prova obtida por meio ilícito não pode ser admitida no processo, exceto se for empregada em benefício do réu.

Alguns doutrinadores admitem a utilização da prova ilícita em favor do réu, porém, acreditam que o autor da ilicitude, isto é, aquele que obteve a prova ilícita, seja punido pelo feito, uma vez que este descumpriu e infringiu um direito protegido por lei.

Dessa forma, a prova seria utilizada no processo original, porém, deste processo se derivaria outro para a apuração do meio ilícito. Portanto, de uma certa forma, ao se admitir a validade de uma prova ilícita nos autos, ocorreria um grande aumento do número de demandas decorrentes de tal feito.

Sobre o assunto, Júlio Fabbrini Mirabete (2000, p.261), acrescenta:

Assim, há o entendimento na doutrina nacional e estrangeira de que é possível a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, quando indispensáveis, e, quando produzida pelo próprio interessado (como a de gravação de conversação telefônica em caso de extorsão, p. ex.), traduz hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude. Diz, assim, Antônio Scarance Fernandes: “Por isso, já se começa a admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou da ponderação quanto à inadmissibilidade da prova ilícita. Se a prova foi obtida para resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele a ser resguardado, não há que se falar em ilicitude e, portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova. A proporcionalidade vale-se da “teoria do sacrifício”, segundo a qual, no caso concreto, deve prevalecer aquele princípio que parece ser o mais importante. Além disso, seria admissível a prova ilícita em favor do réu, quando a única possível.

Muitos doutrinadores aceitam a utilização de prova ilícita no processo quando esta for indispensável ao processo e produzida pelo próprio interessado.

Trata-se, portanto, da aplicação da teoria da proporcionalidade em benefício do réu.

Ao colocar em uma balança o direito à liberdade e à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, temos que analisar qual dos direitos se sobrepõe ao outro.

Necessário se faz analisar um caso concreto. A prova obtida por meio ilícito poderá ser tanto uma interceptação clandestina quanto a obtenção de uma prova por meio de tortura, por exemplo.

Ao analisar o direito à liberdade com uma prova ilícita obtida através de interceptação clandestina, vemos que, para absolver o réu, e conceder a ele o direito à liberdade, o juiz poderá entender que é necessário a aceitação e o entranhamento de uma prova ilícita no processo penal.

Por outro lado, ao se analisar o direito de liberdade em face de uma prova ilícita colhida por meio de tortura, temos um caso mais delicado e complexo, uma vez que, agora, há uma grande violação aos direitos humanos, além de crime previsto na Lei n.º 9.455/97.

Ainda, uma prova obtida por meio de tortura, faz-nos desconfiar de sua veracidade. É possível que, para que cesse a tortura, o indivíduo confesse um crime que não cometeu ou diga alguma coisa que não corresponda à verdade para se livrar dos sofrimentos causados pela tortura.

Portanto, é muito importante verificar qual é a prova ilícita e qual o meio utilizado para chegar até ela. Assim, o magistrado a analisará e decidirá se há a preponderância de um direito provado pela prova ilícita em relação a um outro direito, ambos protegidos pela lei.

Vale lembrar que, em regra, as provas ilícitas não serão admitidas no processo penal, por estarem ferindo ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a Constituição Federal, bem como o Código de Processo Penal vedam a utilização de provas ilícitas, bem como o seu entranhamento dos autos.

Excepcionalmente, uma prova ilícita poderá ser produzida no processo se for o caso de só haver esta prova que demonstre a inocência do indivíduo que está sendo processado injustamente, ou que, havendo outras provas, esta seja de fundamental importância e de grande valor para a sentença final.

Não havendo outro meio de ser provada a inocência do réu, esta prova poderá ser aceita pelo magistrado competente para aquele processo.

É necessário que a prova obtida por meios ilícitos seja indispensável para o processo. Assim, a parte que a entranhar, deverá levar ao conhecimento do magistrado fundamentos consistentes que justifiquem a sua validade e utilização no processo penal.

Desse modo, o juiz tem o poder de conceder ou não validade a uma prova obtida por meios ilícitos.

## 5 PROVA ILÍCITA OBTIDA EM DESFAVOR DO ACUSADO

É vedado na Constituição Federal que se utilize a prova ilícita no processo penal brasileiro. De outro lado, alguns entendem que, aplicando o princípio da proporcionalidade, admite-se a utilização desta prova ilícita em desfavor do réu quando for o caso de um crime gravíssimo.

No mesmo sentido foi à decisão do Superior Tribunal de Justiça, acatando a teoria da proporcionalidade, reforçando que a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal não tem caráter absoluto:

Constitucional e Processo Penal. *Habeas Corpus*. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional, base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da "Razoabilidade". O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' também lá pede temperamentos. Ordem denegada. (ACÓRDÃO DA 6ª TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PUBLICADO NO DJU DE 26.02.96, P. 4.084, REL. ADHEMAR MACIEL, AUTOS DO HC Nº 3982/RJ, V.U.).

Doutrinadores, como César Dario Mariano da Silva e Antônio Scarance Fernandes, entendem que o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, não é absoluto, ou seja, que é possível a admissão de provas ilícitas no processo.

Desse modo, seria possível que uma parte demonstre nos autos, através de uma prova ilícita, que a outra parte realmente praticou o ato criminoso, levando assim, a condenação do réu.

Isto, porém, é ainda o pensamento minoritário da doutrina, pois, ao relativizar o art. 5º, inc. LVI, CF/88, ou seja, ao aceitar que no processo

exista a presença de provas obtidas por meios ilícitos, estaria estimulando a produção de tais provas, ocorrendo um maior número de infrações a direitos e garantias fundamentais.

Ao juiz compete examinar o cabimento da aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto. As provas ilícitas poderão ser excluídas pelo juiz discricionariamente.

No momento em que as provas forem trazidas ao processo penal, caberá ao magistrado analisá-las e, caso se depare com uma prova ilícita que leve a acusação do réu, deverá tomar as cautelas necessárias, utilizando o princípio da razoabilidade, entranhando ou desentranhando a prova ilícita no processo.

Temos, ainda, que a maioria da doutrina e jurisprudência não aceitam no processo penal a prova obtida por meios ilícitos para condenar o acusado.

Assim julgou o STF, preservando a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas para acusar o réu:

Prova. Ilícitude. Caracterização. Quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. Confissão obtida com base na prova ilegal. Contaminação. HC concedido para absolver a ré. Ofensa ao art. 5º, inc. LVI, da CF. Considera-se ilícita a prova criminal consistente em obtenção, sem mandado, de dados bancários da ré, e, como tal, contamina as demais provas produzidas com base nessa diligência ilegal. (STF - HC 90298 / RS - RIO GRANDE DO SUL - HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 08/09/2009. Órgão Julgador: Segunda Turma)

Dessa forma, fica claramente demonstrado que tanto os Tribunais como os doutrinadores, na maioria, não admitem a utilização de provas obtidas por meio ilícito para condenar o acusado.

Há, uma grande preocupação em relação à utilização de prova ilícita para acusar o réu, pois, como no caso de obtenção da prova por tortura de um indivíduo, haveria desconfianças em relação à veracidade da prova, ou seja, essa prova seria viciada, e dificilmente aceita por um juiz para condenar uma pessoa, que poderia ser inocente.

Ainda, existe a preocupação de obtenção de provas forjadas, e sendo estas aceitadas e válidas no processo penal, poderiam levar a condenação de um indivíduo inocente.

Portanto, vale mais deixar um criminoso impune do que condenar um inocente, pois o dano causado pela condenação é irreparável.

## 6 CONCLUSÃO

Pelo presente exposto, conclui-se que, no Processo Penal Brasileiro, busca-se encontrar a verdade real sobre os fatos ocorridos, uma vez que, para tanto, as partes podem levar em juízo os mais variados tipos de demonstração de que suas alegações são verdadeiras.

Desta forma, utiliza-se de direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais para que, tanto o réu, quanto o dono da ação penal (vítima ou Ministério Público), convença o magistrado de que os fatos ocorreram conforme lhe é alegado.

Para tanto, torna-se, em alguns casos, inevitável a utilização de provas obtidas por meios ilícitos para que a parte, no curso do processo penal, possa reconstruir os fatos, rechaçar a tese da parte contrária e, clarear a mente do juiz para que este possa estar totalmente convencido de que naquele caso houve justiça.

Sendo assim, apesar de não ser a regra, é possível a utilização de provas ilícitas para que o acusado seja beneficiado, provando sua inocência, bem como, para que, em crimes graves, haja a comprovação da autoria do crime e para que o juiz possa, então, dar sua decisão motivada e bem fundamentada, condenando ao réu pela prática criminosa.

## BIBLIOGRAFIA

ARRUDA ALVIM, **Código de Processo Civil Comentado**, São Paulo, Ed. RT, vol. V, 1979.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06.out.2010.

BRITO, Paulo Roberto de. **A (In) Admissibilidade de Provas Ilícitas Frente ao princípio da Proporcionalidade**. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. Editora Saraiva, 2006.

CARVALHO, Isabella Rodrigues Rocha de. **A súmula vinculante em face ao princípio do livre convencimento do juiz**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 06.out.2010.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007.

FENECH, Miguel. **Derecho Procesal Penal**, Vol. I, 1952. *Apud* JOSÉ FREDERICO MARQUES. “Elementos”.

FERREIRA, Aurélio Buarque de H; FERREIRA, Marina Baird. **Dicionário Aurélio Eletrônico** – versão 2.0. Regis Ltda e J. C. M. M. Editores Ltda, 1996.

FERRO, Márcia Cristina Manganaro. **Provas Ilícitas e sua Aplicabilidade com relação ao Princípio da Proporcionalidade**. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, 2003.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 21ª ed., 3º Vol, 1999.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 5 Ed, 1998.

FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**, volume 2, São Paulo, Saraiva, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas**. Conceito e inadmissibilidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1832, 7 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11466>>. Acesso em 06.out.2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; e FERNADES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 9º Ed. Saraiva, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

JUNIOR, Elmir Duclerc Ramalho. **Curso Básico de Direito Processual Penal**, v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2004.

JÚNIOR, Euclides Ferreira da Silva. **Curso de Direito Processual Penal**. Editora Oliveira Mendes, 1997.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Doutrina Nacional**. Revista de Direito Privado, São Paulo:Revistas dos Tribunais, ano 5, nº 17, p.9-28, jan./mar. 2004.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 4 ed, São Paulo, RT, 1997.

JURISPUDÊNCIA. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 10.out.2010.

KÖHN, Edgar. **Princípios e regras e sua identificação na visão de Robert Alexy.** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1440>> Acesso em 27.out.2010

LIEBMAN. **Manuale de direito Processuale Civil.** Milano,1973.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** vol. II. Campinas: Bookseller, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 10<sup>o</sup> Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Princípios do Processo Penal.** Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6aZXkTJdE64J:www.leonildocorrea.adv.br/curso/mira3.htm+principio+processo+penal&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em 30.agost.2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 5<sup>a</sup> edição, Ed. Atlas, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual,** 6 ed, Saraiva, São Paulo, 1997.

OLIVEIRA, Talita Gouvêa de. **Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro.** Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, 2008.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. **Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal brasileiro.** 2007. Disponível em : <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9439&p=2>> Acesso em: 20.out.2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 23<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro e SOUZA, Carlos Affonso Pereira de, **O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: uma abordagem constitucional.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15076/14640>> Acesso em 30.agost.2010.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas.** 5 ed. Forense, 2007.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico.** 10<sup>a</sup> ed, Forense, Rio de Janeiro, 1987.

SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. **O laudo pericial fora do prazo e a prova ilegítima**. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/cbjur.php?artigos&ver=2.10366>> Acesso em 27.agost.2010.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero39/artigo02.pdf>> Acesso em 27.out.2010.