

OS MEIOS DE PROVA E SUAS LIMITAÇÕES NO PROCESSO PENAL

Talita Gouvea de Oliveira¹
Cláudio José Palma Sanchez²

RESUMO: Quando se fala em provas, no Direito Processual Penal, deve se ter em mente verdade real. Quando o magistrado vai anunciar a responsabilidade criminal de alguém e proferir uma sentença, faz-se necessário que ele tenha certeza de que o fato atípico realmente aconteceu e de quem realmente foi o autor de tal ilícito penal. O processo penal adota a verdade material, ou seja, a verdade real, como fundamento da sentença, não aceitando contudo, a verdade formal. Todos têm direito de provar suas alegações usando os meios de prova que assim achar conveniente. Porém, esse direito não é absoluto em nossa legislação, uma vez que existem limites à atividade probatória. Deste modo, destacam-se as provas ilícitas, que são aquelas que violam a moral, os bons costumes e os princípios gerais de direito e também, as provas ilegítimas, que são aquelas que violam uma norma instrumental. A Carta Magna veda expressamente o uso das provas obtidas ilicitamente, no processo. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência seguiram o entendimento de que seria necessário uma mitigação do texto constitucional, adotando a teoria da proporcionalidade que serve de escopo para soluções de eventuais conflitos sobre o uso das provas ilícitas envolvendo dois ou mais princípios constitucionais, servindo ainda para o caso das provas ilícitas por derivação.

Palavras-chave: Meio de prova. Processo Penal. Verdade Real. Prova ilícita. Prova ilegítima.

¹ Discente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP

1. MEIO DE PROVA

É sabido que no processo penal busca-se a verdade real dos fatos, o que faz com que o juiz e as partes tenham ampla liberdade para provarem suas teses e, para isso, dispõem dos meios de prova.

Segundo Demercian e Maluly (2005, p. 285) prova é tudo aquilo que pode ser utilizado para que se possa demonstrar os fatos alegados e perseguidos no processo. São os instrumentos essenciais para que seja comprovada a existência ou não da veracidade de um fato.

Meio de prova é tudo o que possa ser utilizado para a demonstração da ocorrência dos fatos alegados e perseguidos no processo. São os instrumentos necessários para comprovar a existência ou não da verdade de um fato.

Assim, meio de prova é tudo aquilo que serve para comprovar os fatos alegados pelas partes, de maneira que deve-se sempre buscar a comprovação da verdade real.

Porém, adverte Tornaghi, apud Mossin (1998, p. 210):

É preciso cuidado para evitar a confusão, muito frequente, de meio com sujeito ou objeto de prova. Assim, por exemplo, a testemunha é sujeito, e não meio de prova. O depoimento dela, este, sim, é meio de prova. O lugar inspecionado é objeto de prova; a inspeção do local é meio de prova. Meio é tudo aquilo que serve para alcançar um fim, seja o instrumento usado ou o caminho percorrido.

Os meios de prova podem ser históricos ou críticos. Os meios de prova históricos são aqueles que representam um fato, que pode ser o depoimento de uma testemunha ou um documento. Já o meio de prova crítico apenas indica, como é o que acontece com os indícios.

Os meios de prova podem ainda ser reais ou pessoais. Os meios reais são aqueles que são representados por uma coisa ou algo exterior ao homem, como por exemplo, um revólver utilizado para a prática de um delito. Os meios de prova

pessoais, por sua vez, relacionam-se com a personalidade de um determinado sujeito, com a sua consciência e um exemplo é o depoimento pessoal.

Contudo, os meios de prova não são taxativos, ou seja, não precisam estar especificados pelo legislador de maneira exaustiva, bastando apenas que na lei não haja nenhum obstáculo ou restrição à produção daquela determinada prova. Como bem salientou Vicente Greco Filho (1998, p. 199), que “outros, porém, são admissíveis, desde que consentâneos com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitem os valores da pessoa humana e a racionalidade”.

Sendo a previsão legal apenas exemplificativa, essas provas que não estão previstas na legislação são as chamadas provas inominadas. Elas existem pelo fato de ser humanamente impossível prever todos os meios de prova existentes.

No processo penal o juiz tem amplos poderes para buscar a verdade dos fatos e os meios de prova servem para que haja a formação de sua convicção.

Costuma-se dizer que não há limitação nos meios de prova em busca da verdade real, sendo que a investigação deve ser a mais ampla possível, tendo como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias do crime.

Assim ensina Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 252):

Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há limitação 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.

Porém, o princípio da liberdade probatória não é absoluto. O próprio artigo 155 do Código de Processo Penal estabelece uma regra dizendo que no juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas restrições à prova, estabelecidas na Lei civil. Então, a própria legislação já cria obstáculos, sendo que assim, o casamento, por exemplo, só será provado com a certidão de registro, como também a prova de que o acusado era menor ao tempo do crime, exige certidão de nascimento.

Tem-se ainda outra restrição que consta na Constituição Federal, que se trata da proibição das provas ilícitas.

Assim, a liberdade probatória não é absoluta, sendo que vamos encontrar restrições impostas pela lei para determinados casos.

1.1 Provas Proibidas

A prova proibida é aquela que é impedida que se faça pela lei e, sendo proibida, ela ofende o direito. Tal ofensa pode ser pelo modo como a prova foi colhida, opondo-se a uma norma de direito material ou quando a prova for introduzida no processo, molestando uma norma de cunho processual.

Bem define o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete (2006, p. 253) que “a prova é proibida toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios do ordenamento de natureza processual ou material”.

Por proibir entende-se impedir que se faça e a origem etimológica da palavra vem de *prohibere*, que significava conservar à distância. Sendo assim, prova proibida é toda aquela que deve ser conservada à distância pelo ordenamento jurídico.

1.2 Provas Ilícitas e Provas Ilícitas Por Derivação

Prevê o artigo 5º, LVI da Constituição Federal:

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

[...]

LVI – São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

O ordenamento jurídico limita a produção de provas quando estas violarem a lei. Se a prova for proibida, no caso de ter contrariado normas de direito

material ou princípios constitucionais, quer quanto ao meio ou quanto ao modo de obtenção, ela será ilícita.

Para Fernando Capez (2003, p. 246):

Serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de direito civil, comercial ou administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais. Tais provas não serão admitidas no processo penal.

Explica ainda Eugênio Pacelli de Oliveira (2002, p. 267):

A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo.

Por força de preceito constitucional, serão proibidas no processo penal, todas as provas cuja colheita tenha como origem um meio ilícito.

Sendo assim, uma sentença não pode ter fundamento em provas que violem princípios constitucionais ou normas infraconstitucionais, como violação de correspondência, de transmissão telegráfica e de dados, e com a captação não autorizada judicialmente das conversas telefônicas (art.5º, XII, CF), entre outros.

Ensina Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 219):

É de cristalina evidência que muitas vezes por intermédio da prova não autorizada pelo direito se pode chegar à descoberta da verdade real, fim coliminado pelo processo, reconstruindo-se de modo nítido o fato histórico que é o *thema probandum*. Entretanto, *par vir legis*, somente são admissíveis as provas obtidas por meio lícito, ou seja, que não forem contrárias à moral e aos bons costumes e principalmente quando não forem atentatórias à dignidade e liberdade de expressão do indiciado ou réu.

Prova ilícita então, é aquela que é obtida violando o direito material. Porém, Adalberto José Q. T. Camargo Aranha (2006, p. 51) complementa esse conceito dizendo:

A violação a um princípio de direito material pode ser ampla, não se resumindo não oposição à lei; é possível ofender os bons costumes (exteriorizar segredo obtido em confissão), a boa-fé (usar gravador

disfarçado), a moral (recompensar parceiro para conseguir a prova do adultério) etc.

Destarte, a confissão obtida mediante a prática de tortura, a apreensão de documento realizada mediante a violação de domicílio, a captação de uma conversa por meio do crime de interceptação telefônica, são alguns dos vários meios de provas ilícitas existentes.

Entretanto, não serão ilícitas as provas admitidas quando o interessado consentir na violação de seus direitos assegurados constitucionalmente ou pela legislação infraconstitucional, desde que tais direitos sejam disponíveis. Nestas hipóteses deixa de haver a ilicitude exigida na Constituição para que tal prova seja proibida.

A garantia constitucional de não aceitar a utilização de provas obtidas por meios ilícitos consagrou também a doutrina norte-americana do *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada) que prega que não só a prova ilícita, mas a que se origina desta não pode ser usada pelo julgador para que seja formada sua convicção, ou seja, uma árvore podre só pode dar frutos podres. Assim, quando a prova for lícita em si mesma, mas produzida a partir de um fato ilícito, ela será uma prova ilícita por derivação.

Acerca dessa posição, Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p.257) discorreu que “na falta de regulamentação específica, vigora em nosso ordenamento jurídico a regra do direito americano revelada pela expressão *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada), que implica nulidade das provas subseqüentes obtidas com fundamento na original ilícita”.

Assim sendo, as provas originadas de outras provas ilícitas também não poderão ser usadas pelo juiz para a formação de seu convencimento.

Contudo, a ilicitude das provas originárias ou derivadas não comprometem a existência do processo se sua produção não tiver sido com base em violação à norma de direito processual como também não levam à absolvição do acusado se sua condenação foi proferida com fundamento em outras provas regularmente introduzidas no processo.

Ensina o doutrinador Eugênio Pacelli de Oliveira (2002, p. 283):

Com isso, nem sempre que estivermos diante de uma prova obtida ilicitamente teremos como conseqüência a inadmissibilidade de todas aquelas outras provas a elas subseqüentes. Será preciso, no exame cuidadoso de cada situação concreta, avaliar a eventual derivação da ilicitude.

Prevalece então a idéia da incomunicabilidade entre as provas, ou seja, a prova ilícita não irá contaminar as provas que dela não decorrerem.

1.3 Provas Ilegítimas

Diferentemente das provas ilícitas, as provas ilegítimas são obtidas a partir de uma violação, não de norma de direito material, mas de norma de direito processual.

Ilegítimo é tudo aquilo “a que faltam qualidades ou requisitos exigidos pela lei para ser por ela reconhecido ou posto sob sua proteção” (conforme Dicionário jurídico brasileiro, José Naufel, e Dicionário de tecnologia jurídica, Pedro Nunes, “apud” Camargo Aranha (2006, p. 50).

Para Fernando Capez (2003, p. 261):

Quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima. Assim, se, por exemplo, um documento for juntado na fase das alegações finais, na primeira parte do procedimento do júri, tal prova não poderá ser aceita, considerando-se ilegítima, pois o art.406,§2º, do CPP proíbe a juntada de qualquer documento nessa fase do processo.

Assim, se a prova for produzida sem o amparo da lei processual não terá nenhum valor, uma vez que há a violação de um requisito exigido pela referida lei para que a prova seja colocada sob seu abrigo.

2 TEORIAS SOBRE A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

Existem cinco teorias diferentes na doutrina sobre haver ou não a possibilidade de se admitir a prova ilícita como válida e eficaz no ordenamento jurídico.

A única teoria que admite o uso da prova ilícita parte da premissa de que as únicas provas que podem ser rejeitadas no processo são as provas ilegítimas, ou seja, aquelas que violam uma norma instrumental, pois estas são as únicas em que a sanção é de natureza processual.

Como bem ensina Grinover apud Nogueira (2000, p. 230), “as provas colhidas, por exemplo, de uma violação arbitrária, devem ser admitidas, punindo-se apenas, penal ou disciplinarmente, o autor do ilícito”.

Uma norma material, ao ser violada traz uma sanção específica, que não é o afastamento do processo. Ao ser produzida uma prova ilícita, vê-se a ofensa ao direito material, sendo que aí deverá ser aplicada ao ofensor uma punição adequada, não podendo, porém, ser afastada do processo, uma vez que apenas as ofensas com sanções de natureza processual é que poderiam ser rejeitadas.

A expressão *male captum, bene retentum*, isto é, mal colhida, bem produzida, foi criada por um de seus seguidores.

Assim, a prova ilícita permanece no processo como válida, sendo que o ofensor do direito material será punido com uma sanção correspondente.

Explica José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 63-64):

Como os direitos material e processual são autônomos, cada qual com a sua sanção específica, sendo a prova questão de índole processual, somente podem ser afastadas as que ofendem o direito instrumental. Não se confundem o direito de ação e o direito material que tutela o bem ofendido.

Então, para esta corrente, a prova ilícita é válida, desde que ela não seja processualmente ilegítima.

Esta próxima teoria critica fortemente a teoria anterior.

Aqui se defende que o direito é uma coisa só e não composto de áreas separadas. Assim, se a prova é ilícita, ela estará ofendendo o direito em seu todo, não podendo se admitir no processo a norma violada.

Desta forma, a prova ilícita, quando reconhecida, contamina todo o direito.

Tal teoria já foi explicada acima, sendo ela conhecida como teoria dos frutos da árvore contaminada, ou seja, são as provas ilícitas por derivação.

A terceira teoria leva em consideração a moralidade dos atos praticados pelo Estado.

O Estado de Direito deve combater o crime mediante atos e princípios moralmente inatacáveis.

Ensina Paulo Lúcio Nogueira (2000, p. 230), que esta teoria “tem por base o princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado e o de que se a prova é ilícita ofende ao direito, não sendo, assim, admissível”.

Há uma presunção de que os atos do Estado são legais e morais, sendo assim, seus agentes não podem dispor de meios condenáveis para perseguir os criminosos.

Esta quarta teoria defende que toda prova ilícita ofende a Constituição Federal, pois atinge os direitos fundamentais do indivíduo.

Se a prova, ao ser colhida, ofender os direitos e garantias fundamentais do cidadão, a prova obtida será atingida pela inconstitucionalidade, não podendo ela, prevalecer em nenhum campo do direito.

2.1 Teoria da Proporcionalidade

Apesar de ser regra a proibição das provas ilícitas (diretamente ou por derivação) e das provas ilegítimas, excepcionalmente poderão ser aceitas no processo por adoção do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, oriundo da Alemanha, lá denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, que visa buscar um equilíbrio, fazendo com que nem sempre a prova ilícita ou ilegítima seja afastada do processo.

Esta quinta e última teoria busca atenuar a rigidez da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), tentando fazer com que haja um

equilíbrio entre os interesses da sociedade em punir o indivíduo e os direitos fundamentais de cada um. Ela reconhece a ilicitude da prova, mas leva em conta o interesse predominante da sociedade, podendo assim, admitir a sua produção.

Defende o renomado doutrinador Paulo Lúcio Nogueira (2000, p. 231):

A teoria da proporcionalidade é perfeitamente defensável, pois tendo em vista o interesse social ou público, deve este prevalecer sobre o particular ou privado, que de modo algum merece ser resguardado pela tutela legal, quando o particular fez mau uso do seu direito.

Aqui se defende que, em alguns casos, a prova obtida de forma ilícita pode ser admitida, aceitando-se assim o sacrifício de direitos individuais para a realização da justiça penal.

Neste sentido, explica Vicente Greco Filho (1998, p. 200-201):

O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. 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.

Assim, deve-se fixar uma proporção entre a infringência da norma no momento em que a prova foi colhida e os valores que são preservados pela sociedade e que a mesma prova visa proteger, fazendo com que prevaleça, no caso concreto, aquele princípio que for mais importante.

Para Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p.66), se as garantias individuais constitucionais conflitarem, haverá aí apenas um conflito aparente, uma vez que o sistema jurídico de determinada sociedade fará com que prevaleça o de maior relevância, havendo assim, uma harmonização.

Destarte, a função de tal teoria é impor uma mitigação ao princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Para ela, uma prova, apesar de ilícita, pode ser admitida em alguns casos excepcionais, sopesando-se os valores em debate. Para esta teoria, os princípios constitucionais são meramente relativos e podem ser violados se estiver em jogo outro direito de maior valor.

Por fim, Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 67) ainda discorreu:

O entendimento doutrinário entre nós é todo ele no sentido de acolher a prova ilícita ou ilegal desde que venha em favor do acusado (é a chamada prova ilícita *pro reo*), diante do princípio do *favor rei*, admitindo-se tais provas desde que atuem em favor da defesa.

Portanto, cabe ressaltar, que a aceitação do princípio da proporcionalidade em favor do acusado é praticamente unânime, sendo que ele somente será aplicado *pro reo*, reconhecendo à defesa a possibilidade de utilização de provas ilícitas ou ilegítimas no processo penal. É a possibilidade que a defesa tem de argüir o princípio do *favor rei*.

Porém, nestes casos em que se torna possível a utilização da prova ilícita em favor do réu, esta somente poderá ser obtida ou realizada mediante autorização judicial, pois a autoridade policial não tem legitimidade para tomar providências que atentem contra os direitos e garantias individuais do cidadão no caso de uma simples suspeita.

Assim, será necessário analisar cada caso e a decisão final vai depender de qual direito o julgador entender mais importante. No próximo capítulo serão estudados os julgados para que seja possível entender o que deve prevalecer em cada caso: o uso ou não das provas ilícitas e das provas ilícitas por derivação.

3 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Como já dito, o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, proíbe a produção de provas ilícitas no processo.

Assim, decidiu o plenário do Supremo Tribunal Federal, apud Moraes (2002, p. 125),:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador,

razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5º, inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Percebe-se então que o Egrégio Supremo Tribunal Federal entende que a prova ilícita não pode permanecer no processo, pois vivemos em um Estado democrático de direitos, onde cada cidadão é revestido de direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição Federal. Uma dessas garantias é a proibição de produção de provas ilícitas e sendo assim, deve ser respeitada para que não haja violação de nenhum princípio constitucional, mesmo que para isso a verdade seja prejudicada.

Neste sentido, decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, apud Aranha (2006, p. 71):

Apreendida, no escritório do paciente, a documentação que deu origem ao processo criminal, sem as cautelas recomendadas no item XI, do art. 5º, da Constituição Federal, forçoso é reconhecer que se cuida de prova obtida por meios ilícitos, circunstância que afeta o procedimento (inciso LVI do citado dispositivo), principalmente cuidando-se de crime de sonegação fiscal. Nulidade que se acolhe. *Hábeas Corpus* deferido (HC 3.912/RJ, Min. Willian Patterson, DJU, 8 abr. 1996, p. 10490).

No caso concreto acima, o Superior Tribunal de Justiça optou por não aceitar o uso da prova ilícita alegando que tal fato viciaria o procedimento, seguindo assim o entendimento, já comentado, do Supremo Tribunal Federal. Então, a documentação apreendida no escritório não terá valor nenhum, pois não foram observadas as formalidades legais, havendo assim a violação do domicílio da parte.

Ainda decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, apud Aranha (2006, p. 72), que “reconhecida a ilicitude de prova constante dos autos, cabe à parte o direito de vê-la desentranhada dos autos (Tribunal pleno, Min. Nery da Silveira, DJU, 20 jun. 1997, p. 28507)”.

Destarte, sendo identificado o caráter ilícito da prova, ela não poderá permanecer no processo e, conseqüentemente, a parte atingida não poderá ser prejudicada, sendo direito da mesma ter o desentranhamento de tal prova dos autos.

Assim, mesmo o Supremo Tribunal Federal não admitindo o uso das provas ilícitas, tal fato não pode acarretar a nulidade de todo o processo. Desse modo, a conseqüência do uso de uma prova ilícita deve ser delimitada, definindo se todas as demais provas dela resultantes serão contaminadas ou não.

A atual posição do Supremo Tribunal Federal em relação a este assunto é a de que a prova ilícita contamina as demais provas dela decorrentes, adotando então a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Neste sentido, dois acórdãos do Egrégio Supremo Tribunal Federal, apud Moraes (2002, p. 128):

I - HC 72.588-PB, relatado pelo Ministro Maurício Corrêa, 12 jun. 1996: "FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA" - 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 da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e 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 do "frutos da árvore envenenada", concedeu *habeas corpus* impetrado em favor de advogado acusado do crime de exploração de prestígio (CP, art. 357, parágrafo único), 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 de escuta -, confirmando a solicitação feita pelo advogado na conversa telefônica, estaria "contaminado" pela ilicitude da prova originária. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Octávio Galloti, 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 – deveria ser desprezada. Precedentes citados: HC 69.912-RS (DJ de 26-11-93), HC 73.351-SP (Pleno, 9-5-96; v. Informativo nº 30). HC 72.588-PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, 12-6-96 – INFORMATIVO STF – Brasília, 10 a 14 de junho de 1996 – nº 35.

II - HC 73.351-SP – *habeas corpus*, Rel. Min. Ilmar Galvão, m. v., j. 9-5-96, INFORMATIVO STF nº 30 – EMENTA: *habeas corpus*. Acusação vazada em flagrante delito viabilizado exclusivamente por meio de operação de escuta telefônica, mediante autorização judicial. Prova ilícita. Ausência de legislação regulamentadora. Art.5º, XII, da Constituição Federal. *Fruits of the poisonous tree*. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inciso XII, da Constituição, não pode o juiz autorizar a interceptação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que "a ilicitude da interceptação telefônica – a

falta de lei que, nos termos do referido dispositivo, venha discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta” (IBCCrim – Boletim – Jurisprudência – agosto de 1996).

Conclui-se então que as provas ilícitas e todas as outras provas que delas derivarem, são inadmissíveis no processo penal e devem, portanto, serem desentranhadas do processo. Porém, tais provas não têm o poder de anular um processo inteiro e as demais provas lícitas e autônomas permanecem válidas, prevalecendo a incomunicabilidade das provas ilícitas com as provas que dela não derivarem.

Ensina Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 70) que “no caso de uma prova ser aparentemente lícita, ela se tornará ilícita por contaminação, violando os princípios constitucionais se sua origem ou elemento gerador advirem de uma prova ilícita”.

Contudo, houve uma atenuação quanto à vedação das provas ilícitas visando corrigir distorções que a rigidez da exclusão poderia trazer. Essa atenuação tem base no Princípio da proporcionalidade e este traz hipóteses em que as provas ilícitas, em casos excepcionais, poderão ser utilizadas, pois nem toda garantia fundamental é absoluta de modo que possa derrubar uma outra de valor equivalente.

Neste sentido é o acórdão do Habeas Corpus 74.678/SP, relatado pelo Min. Moreira Alves (DJU de 15.08.97, no mesmo sentido: HC 75.611/SP, DJU de 17.04.98), apud Demercian e Maluly (2005, p. 289):

- *Habeas corpus*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente de antijuricidade.
- Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna).

Referido julgado destaca que no caso, não há violação ao sigilo de comunicação telefônica, pois a gravação é realizada por um dos interlocutores,

devendo tal fato ser apreciado também à luz do princípio constitucional da intimidade.

Assim, a Constituição Federal, ao consagrar a proibição das provas ilícitas, consagrou também outros direitos e garantias fundamentais que também não poderiam ser violados e, havendo confronto entre eles, deve-se ter em vista o interesse público a ser preservado e protegido para que assim seja decidido sobre a admissibilidade ou não da prova ilícita.

4 CONCLUSÃO

Não é possível que haja a condenação de uma pessoa sem que seja provado aquele fato que ela cometeu, ou seja, ninguém deve ser considerado culpado sem que o fato atípico tenha sido demonstrado no processo.

Neste contexto, as provas têm papel importante na motivação do juiz, pois é nelas que se basearão as sentenças, sendo impossível que alguém seja condenado sem que haja elementos probatórios para tanto.

As partes podem utilizar todos os meios que sejam aptos a provar aquilo que elas alegam no processo, contudo, devem ser respeitadas algumas limitações prescritas pela lei.

Deste modo, entra a importância das provas ilegítimas e das provas ilícitas, já que estas últimas são vedadas pelo artigo 5º, LVI da Constituição Federal de 1988.

Destarte, a teoria da proporcionalidade sempre deverá ser invocada pelo magistrado, para que em algum caso, onde há discussão sobre a ilicitude ou não da prova, possa chegar-se a um equilíbrio dos bens que estão em conflito.

Nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto, podendo haver o sacrifício de um em relação ao outro.

Não são aceitas também pelo ordenamento jurídico, salvo nos casos em que se aplica o princípio da proporcionalidade, as provas obtidas através de

outras provas ilícitas, ou seja, as provas ilícitas por derivação, que são aquelas que são lícitas em si mesmas, porém derivam de outra prova que foi ilicitamente colhida.

Neste caso é aplicada a teoria da árvore dos frutos envenenados, pois uma prova obtida através de meios ilícitos, pode contaminar outra prova, ainda que de caráter lícito.

Assim, conclui-se que a inadmissibilidade do uso das provas obtidas ilicitamente deve ser examinada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo então, haver um abrandamento em situações de excepcionalidade, como sendo medida de justiça.

BIBLIOGRAFIA

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. v. 2. Campinas: Millenium, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal**. v. 2. São Paulo: Atlas, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. **Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal**. Disponível em: < http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=34917>. Acesso em: 08 fev. 2008.

PAVARINA, Eduardo Ribeiro. **Prova ilícita no processo penal brasileiro**. 2004. 60 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2006.