



UniCEUB – Centro Universitário de Brasília  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

**Amanda Charbel Salim**

**PROVAS ILÍCITAS:  
Admissibilidade no processo penal**

Brasília  
2014

**Amanda Charbel Salim**

**PROVAS ILÍCITAS:  
Admissibilidade no processo penal**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Direito do UniCEUB - Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Marcus Vinícius Reis Bastos.

Brasília

2014

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço em primeiro lugar a Deus, que iluminou meu caminho durante essa longa caminhada.

Aos meus pais, Sônia Regina Charbel Salim e Fausto Machado Salim, que com muito amor e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até aqui.

Ao meu orientador, Professor Marcus Vinícius Reis Bastos, pela orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão do presente trabalho.

A minha grande amiga Priscila Barros, por ser o melhor ombro amigo que alguém pode ter.

## RESUMO

O presente trabalho busca a análise das provas ilícitas no processo penal como provas hábeis à condenação. Para tanto se aborda a prova em sua perspectiva ampla, bem como em sua ótica específica da ilicitude. Discorre-se ainda sobre os princípios envolvidos nesta temática bem como o histórico. Em seguida mostra-se a necessidade de admissão da prova ilícita nos casos em que há valores mais preponderantes que a intimidade, liberdade, através do critério da proporcionalidade, em razão das garantias constitucionais serem relativas. Nesse âmbito utilizam-se doutrinas, jurisprudências e o entendimento de outros países sobre o tema para defesa da utilização da prova ilícita em detrimento de direitos sociais e coletivos mais importantes que os individuais defendidos.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Princípio da Proporcionalidade. Admissibilidade no Processo Penal. Condenação.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>1 PROVAS EM GERAL</b> .....	8
1.1 CONCEITO E FINALIDADE .....	8
1.2 MEIOS DE PROVA .....	10
1.3 SISTEMA DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS .....	13
1.4 PRINCÍPIOS APLICADOS ÀS PROVAS PENAIS .....	14
<b>2 PROVAS ILÍCITAS</b> .....	16
2.1 CONCEITO DE PROVA ILÍCITA – PROVA ILÍCITA x PROVA ILEGÍTIMA .	16
2.2 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO – TEORIA DO FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA .....	19
2.2.1 PROVA DERIVADA NÃO EXCLUSIVA E PROVA DERIVADA EXCLUSIVA.....	27
2.3 ORIGEM DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA.....	29
2.4 DA CONTRADIÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA PENAL E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COM A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA.....	32
<b>3 ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA EM CONDENAÇÃO PENAL</b> .....	43
3.1 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PROVA ILÍCITA PARA CONDENAR E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	43
<b>CONCLUSÃO</b> .....	48
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	50

## INTRODUÇÃO

O dispositivo da Constituição Federal Brasileira de 1988, artigo 5º, LVI, que inadmite as provas ilícitas como hábeis no processo, tornou-se assunto polêmico e relevante no contexto atual da sociedade, especialmente na esfera penal.

Pode-se dizer que a referida norma, coercitiva e totalmente proibitiva, foi realmente necessária nos moldes descritos na época em que os indivíduos não eram percebidos como sujeitos de direitos e eram utilizados meios de prova totalmente irracionais para conduzir e regular uma sociedade. Nesse cenário, justificava-se uma norma que não possibilitasse relativizações e efetivasse garantias fundamentais.<sup>1</sup>

Contudo, presentemente, com o desenvolvimento intelectual da civilização e conseqüente fortificação da defesa dos direitos fundamentais, o mencionado dispositivo não tem mais cumprido o papel a que foi destinado. Aliás, sua supervalorização tem sido empecilho para se alcançar a maior aproximação possível dos fatos como realmente ocorreram, o que se denomina de verdade real. Conseqüentemente pode impedir uma condenação penal justa e adequada.

Importante esclarecer ainda que se trata aqui da admissibilidade da prova ilícita no processo penal para a condenação, uma vez que não se discute sua aplicação quando em benefício do réu que se sabe ser inocente.

Assim, para discutir a possibilidade de utilizar prova ilícita em sentença penal condenatória, no primeiro capítulo discorre-se sobre a prova, sua finalidade, seus meios, o sistema de valoração e princípios, em sua abrangência ampla no ordenamento jurídico brasileiro, relacionando-a a prova ilícita.

No segundo capítulo aprofunda-se a respeito das provas ilícitas, abordando seu conceito e a diferenciação de prova ilícita e prova ilegítima. Aborda-se também a questão da prova ilícita por derivação, com a aplicação da teoria do

---

<sup>1</sup>CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

fruto da árvore envenenada e a prova exclusiva e não exclusiva. Ademais, se trata da origem da inadmissibilidade da prova ilícita no contexto brasileiro, bem como os princípios atinentes a prova ilícita, citando-se, para tanto, princípios constitucionais, princípios do direito processual penal, bem como princípios referentes à prova em geral.

Por fim, no terceiro capítulo, discorre-se sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema e conclui-se pela possibilidade de utilização da prova ilícita através do princípio da proporcionalidade, quando em risco valores constitucionais mais relevantes que aqueles protegidos por sua inadmissibilidade.

## 1 PROVAS EM GERAL

### 1.1 CONCEITO E FINALIDADE

Para análise específica da prova ilícita e de sua admissibilidade é imprescindível, primeiramente, elucidar a utilização da prova no processo penal brasileiro, em sua concepção geral, relacionando-a a prova ilícita.

Julio Fabbrini Mirabete leciona que a prova “se constitui em atividade probatória, isto é, no conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos etc) e até pelo juiz para averiguar a verdade e formar a convicção deste último”.<sup>2</sup>

Em outras palavras, para que a autoridade judiciária determine a responsabilidade criminal é preciso convicção da existência do ilícito penal e sua autoria e isto somente é possível através da demonstração da veracidade ou falsidade dos fatos alegados, sendo exatamente esta comprovação que se denomina prova.<sup>3</sup> As provas, portanto, devem abranger todas as circunstâncias objetivas e subjetivas relevantes para a determinação da responsabilidade penal.<sup>4</sup>

Há, contudo, fatos que dispensam prova. São eles, os fatos axiomáticos ou intuitivos, aqueles evidentes por si mesmos (ex: a comprovação de que estava em um local exclui a necessidade de se comprovar que não estava em outro); os fatos notórios, de conhecimento da cultura geral (ex: natal é comemorado em 25 de dezembro); bem como os fatos presumidos, aqueles tidos como verdadeiros (ex: o menor de 18 anos é penalmente inimputável).<sup>5</sup> Nucci ainda acrescenta como fatos que prescindem de prova, os fatos impossíveis (ex: dizer que o réu estava na lua na ocasião do crime) e os fatos irrelevantes ou impertinentes à

---

<sup>2</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 249.

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 250.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 250-251.

resolução da lide (ex: discutir o hobby do réu, quando este não guarda qualquer vínculo com o fato ocorrido).<sup>6</sup>

Embora existam fatos que não precisam ser provados, os demais devem ser, com a finalidade de se obter a verdade real e formar o convencimento do juiz.

Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>7</sup> expõe que a prova seria:

“A reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.”

Nota-se, portanto, que a prova está intimamente vinculada à busca da verdade. Flávio Cardoso de Oliveira defende que no processo penal vigora o princípio da verdade real, ou seja, procura-se recriar os fatos exatamente como se passaram na realidade. Deste modo, não deve o juiz se conformar com uma verdade formal apresentada nos autos, como ocorre no processo civil.<sup>8</sup> “Enquanto o processo civil aceita uma certeza obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial, [...] no processo penal não se admite tal modalidade de certeza [...], exigindo-se a materialização da prova”.<sup>9</sup>

Nucci, em sua obra, apresenta um ponto que, embora interessante não concordamos: de que a finalidade da prova é a busca pela “verdade processual, ou seja, a verdade atingível ou possível”, que pode corresponder à realidade ou não.<sup>10</sup>

Defende-se nesta tese, que o processo penal buscará sempre a verdade real, ainda que, por variados fatores ela não seja possível de ser alcançada.

---

<sup>6</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 393.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 277.

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Flávio Cardoso de. *Direito Processual Penal*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 281.

<sup>10</sup> NUCCI, op. cit. p. 392.

Por mais difícil e improvável que seja a hipótese de reconstrução da realidade fática, esse é um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional.<sup>11</sup> Entende-se que a busca é pela verdade real, mas é produzida uma verdade processual com a finalidade de estabilizar ocasiões conflituosas.<sup>12</sup>

Não obstante, é inegável que ao serem empreendidos esforços para buscar a verdade real, há consideráveis chances de que, de fato, seja produzida a verdade real. Neste ponto, a inadmissibilidade da prova ilícita se mostra como contradição ao próprio conceito e finalidade da prova, constituindo, indubitavelmente, fator limitador para a busca e conseqüente produção da verdade real.

Assim sendo, pode-se dizer que a inadmissibilidade da prova ilícita consiste em uma exceção ao princípio da verdade real<sup>13</sup> e sua admissibilidade consistiria em uma exceção a exceção, que deve ser cautelosamente utilizada através de outro princípio, o princípio da proporcionalidade.

## 1.2 MEIOS DE PROVA

Os meios de prova são os instrumentos utilizados para demonstração da verdade, como por exemplo, os depoimentos, perícias, reconhecimentos, dentre outros.<sup>14</sup> Através desses diversificados métodos disponibilizados, pretende-se a custosa tarefa de aproximar-se da realidade dos fatos delituosos.<sup>15</sup> Nesse sentido, visando atender o princípio da verdade real, os meios de prova devem ser revestidos de ampla liberdade.<sup>16</sup>

Nessa linha de raciocínio, descreve Julio Fabbrini Mirabete:

---

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 278.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Flávio Cardoso de. *Direito Processual Penal*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>14</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 252.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 278.

<sup>16</sup> MIRABETE, op. cit., p. 252.

“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”.<sup>17</sup>

Assim sendo, conforme entendimento doutrinário, os artigos 158 a 250 do Código de Processo Penal são apenas exemplificativos e não esgotam todos os meios de prova permitidos no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>18</sup> Os meios de prova “são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo.”<sup>19</sup>

São, por conseguinte, admitidas as chamadas provas inominadas, aquelas que não se encontram previstas expressamente na legislação.<sup>20</sup>

Porém, ressalta-se que o princípio da liberdade probatória não é absoluto. O artigo 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal, por exemplo, dispõe que “somente quanto ao estado de pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”.<sup>21</sup> Assim, nesta hipótese, deve-se obedecer ao disposto na lei civil. Como ilustração pode-se apontar o estado de casado, o qual se comprova pela apresentação da certidão de casamento, não sendo válido outro meio probatório.<sup>22</sup>

Ademais, os limites da liberdade de provar se encontram além do mencionado dispositivo. São também inadmissíveis, provas que sejam incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e dignidade humana, aquelas que se opõem às normas reguladoras do direito, bem como as chamadas provas ilícitas.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 252.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 253.

<sup>19</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 389.

<sup>20</sup> MIRABETE, op. cit., p. 253.

<sup>21</sup> *Idem*.

<sup>22</sup> NUCCI, op. cit. p. 390.

<sup>23</sup> MIRABETE, op. cit., p. 253.

Pacelli recorda em sua obra que, no decorrer da história, foram experimentados os mais variados métodos para se alcançar a verdade, os quais envolviam muitas vezes castigos físicos e presunções religiosas.<sup>24</sup>

Tourinho Filho<sup>25</sup> cita exemplos:

“Havia a prova da água fria: jogado o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona seria culpado [...] A do ferro em brasa: o pretense culpado, com os pés descalços, teria que passar por uma chapa de ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, seria inocente; se se queimasse, sua culpa seria manifesta [...]”.

Nessa essência, Pacelli expõe que, atualmente, embora se espere chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos investigados, devem os meios de prova estar submetidos a um limite previamente definido na Constituição Federal Brasileira.<sup>26</sup>

Com relação à inadmissibilidade das provas ilícitas, entendem-se serem preocupantes as formas, os meios com os quais se obtêm as provas, principalmente ao levar em consideração a história da civilização, que traz consigo sofridas marcas de abusos e ofensas às garantias individuais. Por essa razão, concorda-se com um limite previamente estabelecido na Constituição, que forneça diretrizes e segurança jurídica.

Entretanto, ao mesmo tempo em que se concorda com esse limite, discorda-se de um perímetro totalmente absoluto, que impossibilite adaptações aos casos concretos. Isto porque, ao instituir uma norma suprema, única, que não admite exceções, automaticamente autoriza-se uma injustiça em eventual caso em que seja necessário priorizar outro interesse, que não o protegido pela inadmissibilidade da prova ilícita.

---

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 278.

<sup>25</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal: principalmente em face da Constituição de 5.10.1988*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

<sup>26</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 278.

Assim, com relação aos meios de prova no que tange especialmente à inadmissibilidade das provas ilícitas, entende-se que deve existir uma ponderação no caso real. Deve-se sim, coibir eventuais excessos e violação a direitos, mas também se deve garantir a maior proximidade da verdade real, para que garantias, às vezes, mais fundamentais que àquelas abarcadas pelo manto da inadmissibilidade das provas ilícitas, sejam privilegiadas.

### 1.3 SISTEMA DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS

Com a mudança de pensamento da civilização e dos meios de prova ao longo dos anos, ocorreu, naturalmente, a modificação nos sistema de avaliação das provas.

Antigamente, aplicava-se o sistema étnico, no qual a valoração das provas eram conseqüências da livre intuição e experiência do juiz. Posteriormente, o sistema religioso, o qual se invocava o julgamento divino, através das ordálias e dos juízos de Deus.<sup>27</sup> No sistema atual são, basicamente, três os sistemas: o da íntima convicção; o da prova legal; e o do livre convencimento motivado.<sup>28</sup>

O sistema da íntima convicção consiste na desnecessidade de o juiz motivar suas decisões e é o sistema que prevalece no Tribunal do Júri.<sup>29</sup> “A decisão funda-se exclusivamente na certeza moral do Juiz”.<sup>30</sup>

O sistema da prova legal é um método cuja valoração é previamente fixada, taxada. Isto faz com que o juiz fique adstrito aos critérios estabelecidos pelo legislador, sem liberdade de apreciação. Há, ainda, mínimos resquícios desse sistema, quando a lei estabelece forma para produção de prova, como, por exemplo, exigir exame de corpo de delito para comprovação da materialidade do crime que deixa vestígios, impedindo que seja constatada através de confissão.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 259-260.

<sup>28</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 395.

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> MIRABETE, op. cit. p. 260.

<sup>31</sup> NUCCI, op. cit. p. 395.

Por fim, o sistema do livre convencimento motivado é o adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, no qual apesar de o juiz ser livre para formar seu convencimento, deve fundamentá-lo nas provas constantes nos autos.<sup>32</sup>

A explanação sobre o sistema de avaliação das provas é pertinente para discussão da admissibilidade da prova ilícita para condenação penal, pois tem relação direta com a evolução intelectual da sociedade e demonstra que, atualmente, a civilização tende a uma análise individual e balanceada de cada caso concreto, contudo ainda atenta à segurança jurídica por meio de um parâmetro comum.

#### 1.4 PRINCÍPIOS APLICADOS ÀS PROVAS PENAIS

No sistema jurídico brasileiro, pode-se dizer que “os princípios por sua generalidade e abrangência, irradiam-se por todo o ordenamento jurídico, informando e norteando a aplicação e a interpretação das demais normas de direito, ao mesmo tempo em que conferem unidade ao sistema normativo”.<sup>33</sup>

Isto ocorre no ramo do direito processual penal e se aplica também às provas, visto que é a mais importante e elementar fase da instrução processual.<sup>34</sup>

Mirabete cita como princípios atinentes à prova o princípio da auto-responsabilidade das partes; da audiência contraditória; da aquisição ou comunhão; da oralidade; da concentração e do livre convencimento motivado.<sup>35</sup>

Pelo princípio da auto-responsabilidade das partes, as partes assumem e toleram as conseqüências de seus atos que realizam ou deixa de realizar.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 395.

<sup>33</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal: revista e atualizada de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66.

<sup>34</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual da prova penal constitucional: pós reforma de 2008*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 32.

<sup>35</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 260-261.

O princípio da audiência contraditória está relacionado a princípio que rege as relações de direito, qual seja o princípio do contraditório. Significa que as provas apresentadas permitem contra prova, de forma que uma prova não pode ser produzida sem o conhecimento da outra parte.<sup>37</sup> Este princípio está intimamente relacionado ao princípio da ampla defesa, o qual pretende que o réu não apenas tenha a garantia de participação, mas sim uma efetiva participação. Por essa razão a ampla defesa abarca a defesa técnica, por meio de profissional habilitado; a auto defesa, com possibilidade de manter-se, inclusive, em silêncio; bem como a defesa efetiva, ou seja, não basta que os atos sejam meramente cumpridos, deve existir empenho para que sejam cumpridos da forma mais benéfica ao réu.<sup>38</sup>

O princípio da aquisição ou comunhão, diz respeito à possibilidade de a prova produzida não pertencer somente aquele que a produziu, mas ao interesse de ambas as partes e principalmente da justiça.<sup>39</sup>

Pelo princípio da oralidade, devem-se priorizar os atos orais, tais como: depoimentos, alegações. Contudo, esta predominância não é visível no sistema brasileiro.<sup>40</sup>

E em decorrência do princípio da oralidade, procura-se concentrar a produção da prova na audiência, constituindo assim, o princípio da concentração.<sup>41</sup>

Há também o princípio da publicidade das provas, ressalvada as exceções, em razão do ato judicial que consiste. E por fim, quanto à apreciação da prova, o princípio do livre convencimento motivado, no qual o juiz não está adstrito a critérios previamente estabelecidos e sua convicção é formada por uma apreciação livre, entretanto fundamentada.<sup>42</sup>

---

<sup>36</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 260-261.

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 279.

<sup>39</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Carvalho. *Da prova do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 29.

<sup>40</sup> MIRABETE, op. cit. p. 261.

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> Idem.

## 2 PROVAS ILÍCITAS

### 2.1 CONCEITO DE PROVA ILÍCITA – PROVA ILÍCITA x PROVA ILEGÍTIMA

Tem-se como prova proibida e ilegal, em contexto genérico, aquela que viola norma legal ou constitucional, ou princípio de ordem processual ou material.<sup>43</sup> Afirma-se assim, inclusive pela nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal, que foi alterado pela Lei 11.690/2008 para constar que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.<sup>44</sup>

Pontua-se que, anteriormente a modificação processual, parte da doutrina entendia que as “provas ilegais” eram gênero da qual nasciam duas espécies: as provas ilícitas e as provas ilegítimas.<sup>45</sup>

Afirmam estes, que seriam denominadas ilícitas aquelas que afrontam as normas de Direito Material.<sup>46</sup> As provas ilícitas estariam atreladas as liberdades públicas, constituindo uma violação não só a norma penal infraconstitucional, como também à norma constitucional. Estariam vinculadas aos direitos e garantias quanto à dignidade humana, a intimidade, a liberdade etc.<sup>47</sup>

As prova ilegítimas, por sua vez, seriam aquelas que contrariam normas de Direito Processual, portanto norma infraconstitucional, no caso a legislação processual penal.<sup>48</sup>

<sup>43</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 253.

<sup>44</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, 03 out 1941. Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2013.

<sup>45</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 391.

<sup>46</sup> MIRABETE, op. cit. p. 253.

<sup>47</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da Lei 9.296/96 e da Jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 44.

<sup>48</sup> NUCCI, op. cit. p. 253.

Ada Pellegrini Grinover pontua que provas ilícitas podem ser ao mesmo tempo, ilegítimas, quando além de violar norma material, sua produção em juízo também é impedida pela legislação processual.<sup>49</sup>

No entanto, a aprofundada distinção entre prova ilícita e prova ilegítima restou abalada com a mudança na redação da Lei. Passou-se a entender que a legislação integrou a prova ilícita e a prova ilegítima em um conceito único. Esta é, inclusive, a percepção de Tourinho, que afirma ser evidente que as provas obtidas de forma ilegítima foram inseridas no mesmo rol das provas ilícitas.<sup>50</sup>

Fernando Capez, em sua obra “Curso de Processo Penal”, afirma que “a reforma processual penal distanciou-se da doutrina e jurisprudência pátrias que distinguiam as provas ilícitas das ilegítimas, concebendo como prova ilícita tanto aquela que viole disposições materiais como constitucionais.”<sup>51</sup>

Amaro Bandeira de Araújo Júnior<sup>52</sup>, em seu artigo, descreve:

“houve uma unificação entre as teses da inadmissibilidade e da nulidade, uma vez que, verificando o juiz de antemão a ilicitude de uma prova ou sendo alertado pela parte acerca da prova ilícita, segundo o § 3º do referido dispositivo, deve decidir sobre a sua inadmissibilidade e, precluída tal decisão, mandará desentranhá-la do caderno processual. Assim, caso não tenha havido nenhum ato baseado nesta prova, ela somente será inadmissível. Caso tenham ocorridas decisões e demais atos com fundamento em tal prova, além de ser inadmissível no processo penal, também gerará a nulidade dos atos nela fundamentados.”

Entretanto, embora a legislação processual tenha se modificado faz se imperiosa a distinção entre as provas ilícitas e ilegítimas.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover reproduz:

<sup>49</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 128.

<sup>50</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 566.

<sup>51</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 348.

<sup>52</sup> JUNIOR, Amaro Bandeira de Araújo. *Provas ilícitas no processo penal*, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23631/provas-ilicitas-no-processo-penal#ixzz2vaGM31di>> Acesso em: 10 jan. 2014.

“A distinção é feita em dois planos: quanto à natureza da norma violada (sendo de caráter processual, a prova será ilegítima; sendo de caráter material, será ilícita); e quanto ao momento da transgressão (pois a prova ilícita indica violação do momento da colheita da prova, enquanto na legítima, a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo).”<sup>53</sup>

Quanto aos efeitos também variam. Ocorrendo a violação de uma norma processual, a sanção acarretará a nulidade do ato ou ineficácia da decisão, o que configura ilegitimidade da prova. No entanto, se ocorrer violação à norma substancial, a sanção ocasionará a inexistência, visto que será desconsiderada prova inapta ao exercício do livre convencimento motivado.<sup>54</sup>

Ainda reproduzido por Ada Pellegrini Grinover<sup>55</sup>:

“Ou a prova nasce ilícita, ou ao contrário, nasce autêntica, possuindo o seu defeito atinente ao modo de obtenção. Enquadrar-se-ia no primeiro caso, por exemplo, a confissão extorquida mediante tortura (art. 5º, XLIII, CRFB/88 e a lei 9.455/97), no segundo, poderia haver violação de direito material (exemplo: violação de domicílio, seqüestro de pessoa), ou normas processuais (exemplo: apreensão irregular). No primeiro caso (em que a prova já nasce ilícita), a nulidade seria sempre absoluta por haver sempre violação do direito de defesa; no segundo caso, (em que a prova nasce autêntica, mas há um vício quanto ao modo de obtenção, por violação de normas materiais ou por inobservância de regras processuais), a prova não seria afetada por qualquer invalidade, muito embora se aconselhe ao juiz maior cautela na sua valoração.”

Nesse sentido, ambas as espécies de prova ilícita, tanto a ilícita stricto sensu, quanto a ilegítima são inadmissíveis no processo. Contudo, a ilegítima pode ter seu vício sanado e ser aproveitada.

---

<sup>53</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 131.

<sup>54</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 33.

<sup>55</sup> GRINOVER, op. cit. p. 140.

## 2.2 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO – TEORIA DO FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA

Compõe o ordenamento jurídico brasileiro, de forma expressa no §1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, a chamada prova ilícita por derivação. Dispõe a norma: “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”.<sup>56</sup>

As provas ilícitas por derivação são aquelas em si mesmas lícitas, todavia produzidas por meio de outra ilegalmente obtida e, em regra, têm sido repelidas pela doutrina e jurisprudência.<sup>57</sup>

A inadmissibilidade destas decorre do argumento de que “tais provas não poderão ser aceitas, uma vez que contaminadas pelo vício de ilicitude em sua origem, que atinge todas as provas subseqüentes. Serão ilícitas as demais provas que dela originarem.”<sup>58</sup>

A norma, inspirada no direito americano evidencia-se pela expressão “fruits of the poisonous tree”, que em português significa frutos da árvore envenenada.<sup>59</sup> A expressão faz uma analogia à utilização de provas advindas de outras ilícitas, com uma árvore da natureza, que uma vez podre, envenenada não poderá gerar frutos saudáveis, mas apenas frutos igualmente podres e envenenados.<sup>60</sup>

Exemplo é a confissão extorquida mediante tortura, na qual se apreende regularmente o produto do crime, em decorrência da ilegal obtenção de informações a respeito do local onde se encontrava.<sup>61</sup>

---

<sup>56</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, 03 out 1941. Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2013.

<sup>57</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 348.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 349.

<sup>59</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 257.

<sup>60</sup> ASSIS, Driper Chagas de. *Provas ilícitas no processo penal – vedação constitucional e o direito de defesa*. Uberaba: Revista Jurídica INIJUS, 2009. p. 176.

<sup>61</sup> CAPEZ, op. cit. p. 349.

Assim sendo, as provas advindas de meios contaminados estão igualmente viciadas, razão pela qual devem ser desprezadas na fase decisória do processo penal.<sup>62</sup>

Os casos reais e práticos sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação despertaram polêmica no Supremo Tribunal Federal.

No HC 69.912-0-RS, DJ, 26 nov. 1993, as opiniões foram divergentes. De um lado a teoria da árvore dos frutos envenenados foi apoiada sob o argumento, ao final vencido, de que sem essa teoria não seria possível dar eficácia à norma de inadmissibilidade das provas ilícitas. Isto porque não serviria, no caso concreto, impossibilitar a própria interceptação, mas admitir as informações obtidas por meio dela. Em sentido oposto, a tese vencedora expôs que, no caso, seria mais adequada a admissão das provas ilícitas a permitir a impunidade de organizações criminosas. A tese vencedora, portanto, aderiu nitidamente ao princípio da proporcionalidade, em prol da sociedade. Nota-se, portanto, que em um primeiro momento, a teoria dos frutos da árvore envenenada foi afastada e as provas derivadas das ilícitas admitidas pelo STF.<sup>63</sup>

Contudo, tal posicionamento não persistiu por muito tempo. Devido substituição de um dos Ministros, a posição vencedora mudou, uma vez que o novo ministro votou pela inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas. Posteriormente, no julgamento do HC 73.351/SP, o STF confirmou seu novo posicionamento, tornando a inadmissibilidade, a orientação majoritária. Assim, pode se afirmar que pela estreita margem de apenas um voto, a atual posição do Supremo é pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.<sup>64</sup>

Vejamos entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. POSSE

---

<sup>62</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 346.

<sup>63</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 349-350.

<sup>64</sup> Idem.

ILEGAL DE ARMA E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PROVA ILÍCITA. ACÓRDÃO QUE SE FUNDOU NOS FATOS E NAS PROVAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. AGRAVO REGIMENTAL CUJA MINUTA NÃO SE INSURGE CONTRA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA.

4. In casu, acórdão recorrido assentou: “Penal. Processo Penal. Art. 16, caput, da Lei nº 10.826/2003. Violação de domicílio. Meras suspeitas. Não caracterização de flagrante delito. Prova ilícita. Absolvição. 1. Meras suspeitas de que o apelante seria o possível autor de crime cometido no local investigado, não autoriza a entrada dos policiais em sua residência, sob o fundamento de flagrante delito. 2. **Sem eficácia probatória a prova colhida, pois obtida ilicitamente, cuja apuração se deu diante de comportamento ilícito dos agentes dos agentes estatais, violando o domicílio do acusado, não servindo de suporte a legitimar sua condenação.** 3. **Inadmissível também a prova derivada da ilícita, pois evidente o nexa causal entre a invasão de domicílio e a apreensão das armas.** 5. A absolvição é medida que se impõe.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(ARE 731306 Agr/ PR – PARANÁ AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min, Luiz Fux. Julgamento: 06/08/2013. Ogrão Julgador: Primeira Turma. DJe-163. Divulg 20-08-2013. Public 21-08-2013) (grifo nosso).

Nesse mesmo sentido corrobora o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. AÇÃO PENAL INSTAURAÇÃO. BASE EM DOCUMENTAÇÃO APREENDIDA EM DILIGÊNCIA CONSIDERADA ILEGAL PELO STF E STJ. AÇÕES PENAIS DISTINTAS. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E SEGURANÇA JURÍDICA. 2. **ILICITUDE DA PROVA DERIVADA. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. DENÚNCIA OFERECIDA COM BASE EM PROVA DERIVADA DA PROVA ILÍCITA. IMPOSSIBILIDADE. TRANCAMENTO.** 3. ORDEM CONCEDIDA. 1. Tendo o STF declarado a ilicitude de diligência de busca e apreensão que deu origem a diversas ações penais, impõe-se a extensão desta decisão a todas as ações dela derivadas, em atendimento aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. 2. **Se todas as provas que embasaram a denúncia derivaram da documentação apreendida em diligência considerada ilegal, é de se reconhecer a imprestabilidade também destas, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, trancando-se a ação penal assim instaurada.** 3. Ordem concedida para trancar a ação penal em questão, estendendo, assim, os efeitos da presente ordem também ao co-réu na mesma ação LUIZ FELIPE DA CONCEIÇÃO RODRIGUES.”

(100879 RJ 2008/0042875-2, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 19/08/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/09/2008) (grifo nosso).

Contudo, importante recordar que apesar da inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas estar positivada na legislação, bem como ser pacífica nos tribunais, o § 1º do referido artigo 157 do Código de Processo Penal leciona uma ressalva à regra geral: “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”.<sup>65</sup>

O parágrafo 2º do mesmo artigo afirma: “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou da instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.<sup>66</sup>

Portanto, “nem sempre que estivermos diante de uma prova obtida ilicitamente que teremos como consequência a inadmissibilidade de todas aquelas outras provas a ela subseqüentes”.<sup>67</sup>

É o caso de quando não se constatar causalidade entre a prova que se analisa e a prova ilícita. Evidencia-se a ausência de nexo de causalidade quando “não se consegue estabelecer a relação de causalidade entre duas provas – a ilícita e a que dela supostamente decorreu – razão pela qual não incidira a teoria”.<sup>68</sup>

Há de se pontuar até o pleonasma presente na norma, tendo em vista que “o conceito de prova derivada supõe, por si só, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda. Se o vínculo não estiver evidenciado, é intuitivo que não se trata de prova derivada”.<sup>69</sup>

---

<sup>65</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, 03 out 1941. Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2013.

<sup>66</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, 03 out 1941. Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2013.

<sup>67</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 365.

<sup>68</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 347.

<sup>69</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas – RBCCRIM*, v. 18, n. 85, p. 404, jul/ago. 2010.

Sobre a segunda parte do § 1º do artigo, o qual menciona que deve ter a prova fonte independente, algumas colocações se fazem pertinentes. Pelos ensinamentos do livro de Fernando Capez, pode ser considerado que as provas são originadas de fontes independentes “quando a conexão entre umas e outras for tênue, de modo a não se colocarem as primárias e secundárias numa relação de estrita causa e efeito” (Grinover, Scarance e Magalhães, apud Antonio Scarance Fernandes. *Processo penal constitucional*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 96-97).<sup>70</sup>

Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>71</sup> assevera:

“Se a Autoridade Policial consegue uma prova lícita, tendo por fonte uma prova ilícita, e, ao mesmo tempo, pelos meios normais de investigação (ouvindo testemunhas, fazendo buscas etc.) conseguir descobrir aquilo que investigava, evidente não se poder expungir dos autos a prova ilícita por derivação, porque mesmo sem ela o objetivo das diligências foi alcançado.”

Sobre a aceitação da prova autônoma, em conformidade com a legislação, entende o Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO-CABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTA CORTE, EM CONSONÂNCIA COM O DO PRETÓRIO EXCELSO. CORRUPÇÃO PASSIVA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. TESE DE QUE A INVESTIGAÇÃO FOI INICIADA A PARTIR DE DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE TENHA OCORRIDO ULTERIOR DILIGÊNCIA PARA VERIFICAÇÃO CONCRETA DOS FATOS APURADOS. PRETENSÃO DE SE APLICAR IRRESTRITAMENTE A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE). IMPOSSIBILIDADE. **DOCUMENTAÇÃO DOS AUTOS QUE NÃO PERMITE A CONCLUSÃO DE QUE NÃO EXISTE PROVA AUTÔNOMA QUE LEGITIMAMENTE EMBASOU O PROCEDIMENTO PENAL INSTAURADO.** IMPOSSIBILIDADE DE SE PROCEDER A AMPLA E IRRESTRITA ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA NA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO WRIT.

<sup>70</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 356.

<sup>71</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 572.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

3. Não se descarta que a investigação criminal não pode ser baseada,unicamente, em denúncia anônima. Entretanto, se a interceptação telefônica foi precedida de constatação de fato concreto, em que se verificou a possibilidade da veracidade das condutas narradas na informação, tal providência torna a persecução e as medidas cautelares requeridas válidas.

4. **Impossível o reconhecimento da nulidade completa da persecução penal, pela ampla aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada", pois, como se sabe, a incidência da referida doutrina não pode ser irrestrita, se a Acusação utiliza-se de outros meios de provas que não aqueles supostamente viciados para embasar o procedimento criminal.**

5. No caso, não ocorre o alegado constrangimento ilegal, pois **não há na documentação trazida aos autos pela Defesa - a quem incumbe a correta instrução do remédio constitucional do habeas corpus -, a comprovação inequívoca de que o procedimento penal instaurado deu-se, única e exclusivamente, com fundamento em denúncia anônima,e não com base em outro elemento desvinculado da medida que se inquina de ilegal, posteriormente produzido durante a investigação.**

6. Ordem de habeas corpus não conhecida.”

(Processo HC 228460/ MS. HABEAS CORPUS 2011/0302731-1. Relatora Mnistra Laurita Vaz (1120). Órgão julgador: T5 Quinta Turma. Data do julgamento: 22/10/2013. Data da Publicação: 05/11/2013) (grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal também entende:

“EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Processual Penal Militar. Peculato-furto (CPM, art. 303, § 2º). **Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa em face da alegada existência, no embasamento da denúncia, de provas reconhecidas como ilícitas. Não ocorrência. Presença de outras provas autônomas suficientes ao embasamento da acusação.** Inviabilidade de reexame fático-probatório na via estreita do habeas corpus. Recurso não provido.

1. **Conforme destacado no julgado em questão “a ação penal está instruída por outras provas e não somente pelos depoimentos dos pacientes, supostamente considerados ilícitos”.**

2. A pretensão ao reconhecimento da inexistência de provas autônomas suficientes para o embasamento da denúncia pelo Parquet militar esbarra no entendimento assente na Corte de que descabe, na via estreita do habeas corpus, revolver-se o acervo fático-probatório para se reanalisar essa questão. Precedentes.

3. Recurso não provido.”

(RHC 117964 2ºJULG / RJ - RIO DE JANEIRO - SEGUNDO JULGAMENTO NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS)

- Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI - Julgamento: 04/02/2014

Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação - DJe-046 DIVULG 07-03-2014 PUBLIC 10-03-2014) (grifo nosso).

Entretanto, entende parte da doutrina que o § 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal faz uma confusão em sua definição. Isto porque embora se faça menção no §1º à chamada teoria da independência das fontes, dá-se à fonte independente, nos termos do §2º, o conceito de descoberta inevitável.

Nesse sentido importa conceituar e, principalmente, distinguir a Teoria da fonte independente da Teoria da descoberta inevitável.

Por Teoria da fonte independente tem-se que “o dado probatório possua efetivamente duas origens, uma ilícita e outra lícita, subsistindo como elemento de convicção válido, mesmo com a supressão da fonte ilegal”.<sup>72</sup> Assim, desconsidera-se a prova ilícita e leva-se em consideração apenas a lícita, uma vez demonstrada que não há qualquer relação entre ambas.

Pela teoria da descoberta inevitável, “a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, por hipótese, que seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita”.<sup>73</sup> Assim, se a prova ilícita pode ser obtida por meios válidos, de qualquer forma, ela será aproveitada. A prova ilícita que gerou a descoberta de outra prova, a qual seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não terá o condão de contaminá-la (ex: declarações de testemunha descoberta por meio de interceptação ilícita, contudo, diversas outras provas desvinculadas da interceptação citam esta pessoa).<sup>74</sup>

Pode-se afirmar, portanto, que o legislador declara como fonte independente, a chamada descoberta inevitável. Assim, afasta-se a teoria da ilicitude derivada ou por contaminação quando se chegaria “inevitavelmente nas circunstâncias, a obter a prova por meio legítimo”.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM*, v. 18, n. 85, p. 404, jul/ago. 2010.

<sup>73</sup> *Ibidem*. p. 406.

<sup>74</sup> *Idem*,

<sup>75</sup> *Idem*.

Pela análise do §1º do artigo 157 do Código de Processo Penal especialmente pela expressão final, “puderem ser obtidas”, pode se extrair que bastaria a possibilidade de que a prova pudesse ser obtida por outra forma, para que não seja considerada ilícita por derivação. Depreende-se que não é necessária a exigência da prova lícita obtida por outro meio, mas tão somente a possibilidade de consegui-la.<sup>76</sup>

Assim, entende-se que ocorreu um nítido desacordo entre o que quis dizer o legislador, visto que pretendia distinguir provas que não têm vínculo com a prova ilícita, hábeis para instrução do processo e obtenção da verdade real, com a definição literal do texto da lei, que dá margens a uma interpretação muito mais ampla.

Dessa forma, embora a norma seja positivada, diante de um contra senso, cabe aos magistrados através da proporcionalidade, bom senso e boa percepção dos fatos, a análise da prova e sua derivação para averiguar sua admissibilidade ou não. É preciso avaliar o caso concreto para constatar se a prova, de fato, se encontra viciada conforme determina a teoria do fruto da árvore envenenada ou se não, constitui prova válida à demonstração dos fatos. Ademais é necessário sopesar os valores envolvidos, atentando-se aos princípios do contraditório, ampla defesa, dignidade da pessoa humana, direitos individuais e direitos coletivos.

Nessa linha de raciocínio, atento ao caso específico e verificando a derivação da prova, ao invés de julgar genericamente, bem como levando em consideração os valores envolvidos, julgou o ilustre magistrado George Lopes Leite:

**“ESTE FIM. CONVERSÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO FUNDADA NA NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.**  
1 Réus acusados de infringir os artigos 33 e 35, combinados com 40, inciso V, da Lei 11.343/2011, eis que se uniram de forma estável, organizada e permanente para o fim de difusão de drogas, sendo presos em flagrante depois de apreendidos mais de trinta quilos de

---

<sup>76</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM*, v. 18, n. 85, p. 404, jul/ago. 2010.

crack prontos para a comercialização. O habeas corpus objetiva a liberdade sob alegação de que a prisão proveio de interceptações telefônicas ilícitas, desnecessárias e com duração excessiva, devendo ser anulada com base na Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados, inviabilizando a ação penal, a denúncia e a instrução criminal.

2 Não há excesso de prazo nas escutas telefônicas efetivadas durante quinze dias, sendo a prorrogação fundada em argumentos idôneos, levando em conta a complexidade da investigação e a quantidade de pessoas envolvidas, consoante artigo 5º, caput, da Lei 9.296/96.

3 A apreensão de vultosa quantidade de crack evidencia o tráfico e a associação para este fim, justificando a manutenção da prisão flagrancial convertida em preventiva para assegurar a ordem pública.

4 Ordem denegada.”

(Acórdão n.537653. 20110020167615HBC, Relator: GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 22/09/2011, Publicado no DJE: 30/09/2011. Pág.: 236) (grifo nosso).

Assim sendo, apesar de a legislação ter se preocupado em positivar e definir a questão da prova ilícita e até mesmo a prova derivada da ilícita, não se pode deixar de considerar a importância de uma apreciação singular da prova perante a situação concreta.

A questão da análise específica da prova no caso real, através da constatação de sua origem, sua derivação, bem como os valores que estão sendo resguardados com aquela prova, ao contrário da reprodução desmedida da inadmissibilidade das provas ou teoria do fruto da árvore envenenada é, portanto medida indispensável para adequada e justa prestação jurisdicional, com a finalidade de manter o Estado Democrático de Direito.

### 2.2.1 PROVA DERIVADA NÃO EXCLUSIVA E PROVA DERIVADA EXCLUSIVA

Ainda quanto este assunto, questiona-se a respeito da exclusividade da prova derivada, tanto nos casos em que a prova configura-se como única, como naqueles em que configura apenas mais uma prova para a comprovação do direito material alegado no processo.

Com relação à prova derivada não exclusiva, é claro, lógico e não se tem dúvidas. “Se há outras provas fundamentadoras do direito material e

embasadoras da formação do convencimento judicial, por óbvio, a única prova derivada, tida por ilícita, não acarretará a nulidade do processo”.<sup>77</sup>

Como bem exposto pelo ministro Ilmar Galvão em uma exemplificação durante voto em ação penal, se fossem admitidas hipóteses como essas, jamais se conseguiria punir crimes que tivessem começado com uma prova ilícita. E a consequência seria sempre a absolvição do autor do crime, o que parece um completo contra-senso.<sup>78</sup>

Assim, coloca Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça<sup>79</sup>:

“Desta forma, se a decisão condenatória estiver fundada em fatos ou provas independentes, autônomos, distintos da prova ilícita, não há que se falar em contaminação e muito menos em nulidade do processo, uma vez que a formação do conjunto probatório – por outras provas lícitas – impedem que o acusado livre-se solto ou que seja anulado o processo.

Infere-se que o cumprimento absoluto e irrestrito da teoria dos frutos da árvore envenenada acarretaria, inevitavelmente, a fraude processual, no sentido de que os próprios acusados com o fito de livrarem-se da condenação, forjariam provas ilícitas, anulando-se, conseqüentemente, o processo.”

E é neste sentido que entende o Supremo Tribunal Federal. Se existe um conjunto probatório justificador da condenação, deverá esta ocorrer, de forma que, face à pluralidade de provas, a sentença penal condenatória não deva estar fundamentada na prova ilícita, que deverá ser desentranhada.<sup>80</sup>

A polêmica surge acerca da prova derivada exclusiva, ou seja, quando a prova ilícita é o único meio de se provar o direito material.

O entendimento daqueles que defendem a inadmissibilidade das provas ilícitas é de que se a Constituição Federal vedou expressamente a utilização

---

<sup>77</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 77.

<sup>78</sup> STF. Ação Penal 307-3. Relator: ministro Ilmar Galvão; voto do Ministro Sydney Sanches, in *Revista Forense*, vol. 335, p. 371.

<sup>79</sup> MENDONÇA, op. cit. p. 80.

<sup>80</sup> Idem.

de provas obtidas por meio ilícito, não seria razoável admitir como válida, uma prova que embora secundária, tivesse advindo de uma ilicitude originária.<sup>81</sup>

Assim, aplica-se o “entendimento, outrora mencionado, relativo à inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, ao item da prova derivada exclusiva”.<sup>82</sup>

Discorda-se aqui, respeitosamente, do mencionado posicionamento, visto que se prima pela proporcionalidade dos princípios em conflito e não pela extensão desmedida do preceito constitucional.<sup>83</sup>

### 2.3 ORIGEM DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

É importante ainda esclarecer a origem da inadmissibilidade das provas ilícitas, ou seja, a inclusão do dispositivo no regramento brasileiro que proíbe usar de provas obtidas por meios ilícitos no processo.

Sabe-se que quanto às provas criminais, inúmeras pessoas sofreram, no passado, atrocidades irracionais em decorrência, principalmente, de crenças religiosas. Nesse contexto, surgiram as garantias fundamentais e constitucionais e dentre elas, na Constituição Federal Brasileira, a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo.<sup>84</sup>

Os homens não eram vistos como sujeitos de direitos, dessa forma permitia-se uma legislação bárbara, amparada em superstições. Ademais, a maioria era submetida aos ordenamentos dados de livre vontade por alguns poucos, considerados líderes. A submissão era de tal ponto, que chegava a abarcar o poder de vida e morte. A alguns cabia o direito de mandar e a outros o dever de obedecer e assim, entendiam agradar os Deuses.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 77.

<sup>82</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>83</sup> Idem.

<sup>84</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 7-8.

A noção do indivíduo, portanto, ainda não existia. Não era o homem digno de direitos e sua existência se restringia a atender desejos divinos.<sup>86</sup>

Foram os indivíduos excluídos, alguns desde seu nascimento, geralmente por não satisfazerem as exigências religiosas que, unidos, passaram a questionar os princípios da época e levaram ao enfraquecimento da religião e do controle social. “Nesse estágio civilizatório é que teve início o questionamento sobre a forma de obtenção das provas criminais e sobre a inaceitabilidade de algumas delas em razão de sua irracionalidade”.<sup>87</sup>

Nesse sentido, com essa nova maneira de pensar, os ideais de fraternidade universal e igualdade ganharam espaço, de forma que pode o homem assumir a si próprio.<sup>88</sup>

A intelectualidade humana trouxe a percepção do homem como indivíduo de direitos e da indispensabilidade de garantias para preservação destes direitos. Forçou-se assim, uma modificação ao modo de obtenção das provas criminais, com o estabelecimento de limites legais que respeitassem essas novas ideologias sociais.<sup>89</sup>

O surgimento do Cristianismo também contribuiu para a valorização do homem como indivíduo e com a conseqüente mudança do instituto probatório a fim de harmonizar-se com a nova ideologia da época. “Aumentaram as pressões sociais no sentido de alterar as formas de captação de provas, que resultaram na criação das garantias constitucionais.”<sup>90</sup>

No Brasil, José Carlos Barbosa Moreira<sup>91</sup> explica a existência do dispositivo constitucional:

---

<sup>86</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 8.

<sup>87</sup> Idem.

<sup>88</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>91</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as Provas ilicitamente obtidas*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, 1996. p. 112.

“Explica-se tal opção, em grande parte, por circunstâncias históricas. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguira-se recentemente o regime autoritário que por tanto tempo dominara o país, e sob o qual eram freqüentes e graves as violações dos direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao “grampeamento” de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída neste gênero de violências.”

A norma constitucional veio então para coibir de forma coercitiva e absoluta as crueldades cometidas à época, que atentavam contra a dignidade humana e que de fato não poderiam ser admitidas em um Estado Democrático de Direito. “O limite estaria em respeitar a individualidade em detrimento do agir incontrolado do Estado na busca da verdade real, sendo esta uma atitude fruto do sistema acusatório e dos resquícios da história política brasileira”.<sup>92</sup>

Parecer provir dos Estados Unidos da América essa resistência acerca da inadmissibilidade da prova ilícita. A idéia do povo norte americano de que constitui uma ameaça a toda a coletividade, admitir a possibilidade de alguém, especialmente os agentes públicos, invadam a privacidade do indivíduo, fez surgir a chamada teoria do *fruits of the poisonous tree*. Por esse ensinamento, a prova colhida por meio ilícito não pode, absoluta e definitivamente, ser admitida, pois contamina de ilicitude todo o processo, inclusive a decisão nele proferida. Semelhantemente com o que ocorre no indivíduo que consome um fruto de uma árvore envenenada.<sup>93</sup>

Contudo, atualmente, o dispositivo da inadmissibilidade das provas ilícitas, ao ser utilizado de forma desmedida e absoluta, tem causado sérios prejuízos à coletividade e ao Estado Democrático de Direito. Por essa razão, o contexto de evolução intelectual da sociedade no momento exige não uma exclusão da medida, mas uma relativização para o adequado atendimento aos interesses sociais e individuais.

---

<sup>92</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 67.

<sup>93</sup> Idem.

## 2. 4 DA CONTRADIÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA PENAL E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COM A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

O direito à prova, além da previsão legal, também está inserido dentro dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, dignidade humana, acesso irrestrito à jurisdição, dentre outros, uma vez que permite às partes, titulares do direito de ação e de defesa, se manifestarem sobre as provas e contra provas constantes no processo.<sup>94</sup>

Como bem expõe Rachel Pinheiro:<sup>95</sup>

“Se adotássemos um sistema de regras, exclusivamente, não haveria qualquer espaço para a complementação das lacunas constitucionais e legais, exigindo, portanto, uma exaustiva regulamentação por parte do Poder Público, não obstante prestigiasse demasiadamente a segurança jurídica. Por outro lado, se adotássemos um sistema de princípios, tão somente implicaria na inexistência de regras específicas, conduzindo a uma falibilidade do sistema em função da insegurança jurídica acarretadora desse. Nesse sentido, há necessidade de adoção de um sistema misto, aberto, de regras e princípios formadores de um sistema constitucional único”.

Assim sendo, faz se essencial a explanação da inadmissibilidade da prova ilícita, não apenas sob a ótica da legislação constitucional e infraconstitucional, mas também sob a perspectiva dos princípios gerais da prova penal, bem como os princípios constitucionais e os atinentes ao processo penal.

Sob o ângulo dos princípios gerais da prova penal, já mencionados no tópico 1.4 vale pontuar algumas questões relevantes acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Recorda-se que sendo a prova um direito das partes, a regra geral vedaria quaisquer limitações à produção das mais variadas provas. Moreira assevera: “o direito à prova implica no plano conceptual na ampla possibilidade de

---

<sup>94</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 4.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 14.

utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis. A regra é a admissibilidade das provas e as exceções precisam ser cumpridamente justificadas.”<sup>96</sup> Assim, a total e absoluta inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito já se mostra como violadora do direito de produção de provas e do princípio da verdade real, visto que é este o objetivo da produção das provas.

O princípio da ampla defesa, garantia afirmada pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LV, exigência do “due process of Law”, assegura que em processo judicial têm as partes o dever, como também o poder de se defenderem com argumentos e contra argumentos. Se assim não fosse, acarretaria a nulidade do processo.<sup>97</sup>

Esse princípio confere publicidade às verdades expressamente declaradas pelas partes no processo, cabendo àquele que a aduz, o ônus de provar a verdade, sob pena de seu pedido vir a ser julgado improcedente pela inexistência de provas, ainda que o direito material alegado, em sua essência, seja favorável.<sup>98</sup>

Nota-se que apesar do nome do princípio, ampla “defesa”, refere-se ele não somente a possibilidade de o Réu defender-se, mas tem uma finalidade ainda mais gloriosa e significativa: busca o legislador por meio da totalidade de defesa do Réu, alcançar a verdade real dos fatos.

Nota-se que com relação ao princípio da ampla defesa, este autoriza a utilização de provas ilícitas, desde que favoráveis a defesa. Isto porque o seu não aproveitamento, baseado na ilicitude, ou seja, com o fundamento de proteção do direito, constituiria um paradoxo: condenar aquele que sabe ser inocente.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as Provas ilicitamente obtidas*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, 1996. p. 101.

<sup>97</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 22.

<sup>98</sup> Idem.

<sup>99</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 279.

Assim, preocupou-se aqui o Estado em promover a justiça, alcançar a verdade real, por ser esta a decisão mais sensata, justa, ainda que contrária a letra da lei. Esta não deixa de ser uma aplicação do princípio da proporcionalidade.

A posição do Estado em analisar o caso concreto e conferir-lhe uma solução sensata, dentro dos parâmetros de bom senso da sociedade, gera maior contentamento e segurança à sociedade que uma aplicação cega da lei, defendida por muitos, como sinônimo de segurança jurídica.

Certamente devem existir padrões norteadores das condutas sociais, os quais conferirão segurança jurídica e a certeza da defesa de direitos fundamentais. Contudo, a aplicação da lei deve considerar a peculiaridade de cada caso, bem como a evolução da civilização e sua forma de pensar.

Quanto ao princípio do contraditório, pontua-se que é consagrado no artigo 5º, LV da Constituição Federal Brasileira de 1988 e refere-se à “paridade de armas”. Tem por objetivo garantir às partes do processo a mesma oportunidade e instrumentos processuais. Nota-se que a igualdade não é literal e deve ser feita na medida da desigualdade de situação processual.<sup>100</sup>

“Definida como expressão de liberdade jurídica, o princípio do contraditório é demarcado com a possibilidade de se manifestar processualmente sobre todas as alegações deduzidas em juízo”.<sup>101</sup>

Sobre a questão da isonomia, ou seja, da igualdade quanto à produção de provas (relevante ponto nos princípios do contraditório e ampla defesa), faz se pertinente neste momento pontuar uma questão interessante trazida por Pacelli sobre a prova ilícita em sua obra, qual seja: distingue ele a prova ilícita produzida pelo Estado e a prova ilícita produzida pelo particular.

---

<sup>100</sup> NÉRI JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 141.

<sup>101</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 24.

A norma de inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo penal se destinaria, prioritariamente, ao Estado, dado que geralmente este é o produtor da prova. Seria este um dos instrumentos, junto ao princípio do contraditório, da ampla defesa, do princípio da inocência, de garantia do indivíduo perante o Estado.<sup>102</sup> Não se aplicaria, portanto, com relação ao particular, uma vez considerada a relação de igualdade entre as partes.

“Não por outra razão, o Direito norte-americano, exatamente a fonte de nossa vedação das provas ilícitas, aceita, sem maiores problemas, a prova obtida ilicitamente por particulares”.<sup>103</sup>

Contudo, apesar deste entendimento, compreende-se aqui que a ponderação da admissibilidade das provas ilícitas deve ocorrer em todos os casos em que se mostrar necessária. Ou seja, sempre que estiverem sendo violados direitos de maior relevância que a violação ao direito a intimidade e a privacidade. E não somente naqueles em que configurar o particular no pólo oposto da relação.

Na realidade, o Estado atua, ou ao menos deveria atuar, em prol dos interesses de milhares de particulares e, a depender dos direitos em questão a inadmissibilidade de prova ilícita, que atua em benefício de um único particular é extremamente desfavorável aos demais particulares, que compõe a coletividade.

Assim, quanto ao princípio constitucional e infraconstitucional da isonomia importa dizer que é um princípio essencial a ser avaliado quando se trata de prova ilícita. Pois uma interpretação inadequada pode ocasionar a severa punição de crimes de pequeno potencial lesivo, ao tempo em que assevera a impunidade de outros sérios com evidente prejuízo social.

Nas palavras de Maria Cecília Pontes Carnáuba:

“A concepção de igualdade conduz ao pensamento de que todos sejam acolhidos pelo Estado, com a mesma consideração e respeito

---

<sup>102</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 279.

<sup>103</sup> Idem.

pela sua individualidade. Não significa que o Estado deve tratar da mesma forma todos os cidadãos, ignorando as peculiaridades de cada situação específica. Há inegavelmente entre os integrantes de uma comunidade, por mais homogênea que ela seja, diferenças econômicas, de nível social e intelectual, que não podem ser desconsideradas”.

Assim, faz sentido o pensamento de Aristóteles, o qual aconselha tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.<sup>104</sup>

A igualdade no Estado Democrático de Direito é aquela como pressuposto. Isto significa dizer que não é a igualdade que trata todos os cidadãos da mesma maneira, mas aquela que reconhece as diferenças e visa minimizá-las com o fito de manter os indivíduos em situação de equivalência de dignidades, respeito mútuo e respeito por parte do Estado.<sup>105</sup>

É assim porque embora a lei seja para todos, sua aplicação deve considerar o caso concreto e suas peculiaridades. Com isso, se impedirá que a própria lei seja usada como instrumento para a promoção de injustiças e discriminações, o que é incompatível com o Estado de Direito. Somente dessa forma se materializará o princípio da igualdade.<sup>106</sup>

A título de exemplificação, o Brasil conta com um número considerável de pessoas em situação de miserabilidade e expostas ao desabrigo, sem moradia. Não tem estas, portanto, privacidade alguma. Assim, se cometem delito é impossível aduzir a violação de privacidade quanto à obtenção de prova, visto que esta é inexistente. Contra essas pessoas, a atividade persecutória não encontra empecilhos. Por outro lado, outro segmento societário dispõe de inúmeros instrumentos modernos de privacidade, protegidos pela Constituição.<sup>107</sup>

Sobre o assunto, Maria Cecília Carnaúba<sup>108</sup>:

<sup>104</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 26.

<sup>105</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 31.

<sup>106</sup> Folha do Ministério Público do Paraná, Nov. 1996, n.7, p.5. Sentença prolatada pelo Dr. Antonio Francisco Pereira, Juiz Federal da 8ª Vara, processo nº. 950003154/0.

<sup>107</sup> CARNAÚBA, op. cit. p.33.

<sup>108</sup> CARNAÚBA, op.cit.. p. 34-35.

“A inadmissibilidade absoluta de provas colhidas por meios ilícitos, segundo vem entendendo o STF, impõe dessumir que alguns indivíduos se expõem a uma persecução criminal mais bem sortida de métodos para coleta de provas e, conseqüentemente, mais eficaz, enquanto outros cidadãos sofrem uma persecução criminal bem mais limitada em seus métodos investigatórios. Há casos até em que essa atividade estatal se torna impossível de ser exercida ou, no mínimo, é tornada bem menos eficaz”.

A imposição de uma norma absoluta, ao invés de assegurar o direito mais relevante tem, na realidade, apoiado a discriminação entre indivíduos, como vastamente demonstrado, o que afronta o princípio da isonomia.

Para tratar do tema da inadmissibilidade das provas ilícitas, é preciso recordar que o homem não vive sozinho, mas em sociedade. Assim não se pode separar a individualidade do contexto societário. Atualmente, a liberdade do indivíduo tem sido utilizada a serviço da impunidade e tem inviabilizado a materialização de objetivos estatais tão essenciais quanto à própria liberdade. Assim, não pode a admissibilidade das provas ser fundamentada em um único elemento, qual seja, a violação do direito a liberdade. Pois em alguns casos conceder absolutamente o direito individual é negar a outros indivíduos tantos direitos igualmente importantes à concretização dos fundamentos do Estado.<sup>109</sup> “A liberdade refere-se à expressão “eu posso”, e não à expressão “eu quero”.<sup>110</sup>

Quanto às noções de liberdade no Estado Democrático de Direito, importa dizer que ainda que os indivíduos compartilhem de idéias comuns, como o ideal de igualdade, poderão senti-las de formas distintas. Assim, é a maneira como sentirão que determinará a aceitação de provas ilícitas ou lícitas no processo, para efeitos de punibilidade de marginais. “É assim porque a vontade não é autônoma, origina-se da idéia e do sentimento. Como esse é variável, aquela forçosamente também será.” Esse fato, associado ao grau de compreensão, é responsável pela diversificação de condutas humanas e conduz a diferentes maneiras de lutar pela auto satisfação.<sup>111</sup>

<sup>109</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 36-37.

<sup>110</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 161.

<sup>111</sup> CARNAÚBA, op. cit. p. 20-21.

Nessa linha de raciocínio, descreve Maria Cecília Pontes Carnúba<sup>112</sup>:

“Tudo se dá causa da maneira individual como cada pessoa escalona seus valores e determina sua ordem de prioridades, em função do que pensa, sente e quer. Assim, no caso do crime de tráfico de entorpecentes, por exemplo, é fundamental, para os traficantes, que as provas colhidas por meio de escutas instaladas em locais habituais de reunião sejam consideradas ilícitas por violação de sua privacidade, pois sem essa garantia o crime estaria mais facilmente sujeito a punição. Antagonicamente, a admissibilidade dessa mesma prova no processo penal é muitas vezes imprescindível para os policiais e aplicadores da lei, a fim de evitar a impunidade, que é danosa ao equilíbrio social e inviabiliza um dos propósitos do Estado de Direito, que é a promoção da justiça. Dessa forma, a meta prioritária, para certas pessoas, pode ser a última para outras. O Estado de Direito propõe-se a conciliar essas divergências.”<sup>113</sup>

É preciso, portanto, que o Estado fixe padrões de conduta a fim de controlar o individualismo inerente a cada indivíduo em busca de sua própria realização, caso contrário poderá estar permitindo a instalação de uma tirania do individualismo. Não parece correto que o Estado Democrático de Direito se proponha a promover a justiça, mas permita a impunidade de delitos de alto poder lesivo a sociedade geral sob o fundamento de que a forma de coleta de provas foi violadora da privacidade do criminoso.<sup>114</sup>

Há que existir um meio termo no sistema de provas para que não se retorne aos abusos e atrocidades das antiguidades, respeitando os direitos fundamentais e respeito ao indivíduo, ao passo em que não sirva como serviço da impunidade. Não podem os criminosos terem a tranqüilidade de um sistema pré-estabelecido a seu benefício, de forma até a conduzirem seus delitos.

Por esta razão, a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo e principalmente no processo penal, tem obrigatoriamente de sofrer certas ressalvas que resultem de sua interpretação finalística, teleológica e da sua inserção sistemática no contexto das normas protetoras do direito.<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 20-21.

<sup>113</sup> Idem.

<sup>114</sup> Idem.

<sup>115</sup> Idem.

Abordaram-se até o presente momento princípios relativos à prova geral e sua relação com a prova ilícita. Ressalta-se ainda que os princípios mencionados são também princípios constitucionais e aplicados no direito processual penal.

Existem outros princípios constitucionais e aplicados ao direito processual penal, co-relacionados aos princípios já mencionados, que merecem relevância na discussão sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas.

Faz se imperiosa ainda, a discussão sobre o polêmico princípio da verdade real no processo penal.

Provavelmente, o maior malefício gerado por este princípio tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva. Foi este princípio o responsável por legitimar desvios de autoridades públicas, além de justificar uma ampla iniciativa probatória do magistrado, sob o argumento da busca pela verdade real a qualquer custo.<sup>116</sup>

Na antiguidade, especialmente no sistema inquisitório da Idade Média, a excessiva preocupação com a obtenção da verdade real permitiu inúmeras técnicas de obtenção da confissão do acusado e de intimidação da defesa, sendo estas inúmeras vezes violadoras de direitos básicos e fundamentais dos indivíduos.<sup>117</sup>

Por essa razão, também é preciso extrema cautela para que o princípio da verdade real não seja exacerbado e sua aplicação desrespeite princípios ainda mais relevantes, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado como o norte de todos os demais princípios. “O acusado não é mais reconhecido

---

<sup>116</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 281.

<sup>117</sup> Idem.

como objeto do processo e sim um sujeito da relação processual, titular de direitos, estando equiparado pela igualdade de condições”.<sup>118</sup>

Através deste princípio funda-se o Estado Democrático de Direito, respeitador dos valores, direitos e garantias humanas, individuais e coletivas.<sup>119</sup>

Vale dizer aqui, que apesar de sua importância, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana somente será adequada quando existir o equilíbrio entre o direito individual e o direito coletivo. Assim, não se pode também permitir que o princípio da dignidade humana, com todas as questões já colocadas sobre liberdade individual, prevaleça sobre questões de eminente importância à coletividade.

Para José Afonso da Silva<sup>120</sup>:

“A expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, abarcaria todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrara. Seria o conjunto de informações a cerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso ser legalmente sujeito. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, abrangendo o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamento, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduos.”

Claro que a intimidade, espécie do gênero liberdade individual, deve ser preservada pelo Estado, visto ser um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Deve ser resguardada das intromissões alheias, mas deve ser relativizada caso se apresente uma causa justa e relevante.<sup>121</sup>

Sobre o assunto, menciona-se que nos tribunais alemães, aplica-se a chamada teoria dos limites imanentes das normas constitucionais. Significa que o magistrado pode limitar direitos fundamentais, mesmo sem autorização da

---

<sup>118</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 26.

<sup>119</sup> Idem.

<sup>120</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 202.

<sup>121</sup> MENDONÇA, op. cit. p.29.

Constituição, desde que com a finalidade de preservar outro direito, também consagrado constitucionalmente. Existe, portanto, uma ponderação dos direitos, preservando-se um em detrimento de outro considerado menos importante.<sup>122</sup>

Conforme os ensinamentos de Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça<sup>123</sup>:

“Diante das evoluções sociais, tecnológicas e científicas dos meios sociais e de comunicações em massa, se verifica a grande tendência à violação ao direito à intimidade, fundado no interesse público de apuração da verdade real na reconstrução da verdade fática. Havendo o conflito entre bens jurídicos diferentes, ora o interesse social, ora a liberdade individual, impõe-se ao magistrado a opção por sistemas jurídicos diversos. No que tange à problemática das provas ilícitas em função da tutela da intimidade, o Estado preocupa-se em limitar a licitude das provas, objeto da formação do convencimento judicial. Verifica-se que nenhum direito fundamental é absoluto, não podendo ser limitado por uma lei infraconstitucional, mas sim por um valor jurídico igualmente relevante, através do Poder Judiciário”.

Outro princípio que merece algumas avaliações quanto às provas ilícitas é o princípio da presunção de inocência.

Em conformidade com a Constituição Federal, especialmente em seu artigo 5º, inciso LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.<sup>124</sup>

Importante esclarecer que não se deve confundir que a admissibilidade da prova ilícita ofenderá o princípio da presunção de inocência. Isto porque este princípio não alcança a coleta de provas, nem a investigação criminal. A atividade investigatória é dever do Estado com o fito de garantir a ordem pública e se dá por

---

<sup>122</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.30.

<sup>123</sup> Idem.

<sup>124</sup> BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2014. Art. 5º.

meio da coleta de informações. Não se confunde com a garantia dos cidadãos de que não ocorrerá punições sem a real certeza da culpabilidade.<sup>125</sup>

Do contrário o princípio da inocência inviabilizaria qualquer atividade investigatória estatal, o que é inviável até para manutenção dos fundamentos do Estado.<sup>126</sup>

Por fim, não se poderia deixar de mencionar o princípio da segurança jurídica.

A segurança jurídica é um dos ideais prioritários do Estado de Direito. “Os seres humanos precisam de segurança para planejar suas existências terrenas e organizar estratégias para alcance de seus objetivos. A incerteza destrói a esperança de realizar os sonhos”.<sup>127</sup>

Nesse sentido, é preciso que o homem espere, acredite, confie que os direitos e deveres previstos na Constituição são eficazes e se materializam.<sup>128</sup>

Existem fatores, no entanto, que ameaçam a credibilidade do Estado e são eles: morosidade e impunidade. Ambos levam a crer na ineficiência dos dispositivos legais. Quanto à questão da impunidade, pontua-se ainda que é frustrante para sociedade que criminosos estejam livres de punições. Sobretudo porque a maioria dos beneficiados com a inadmissibilidade das provas ilícitas sob o argumento de violação de seu direito a privacidade ou liberdade são os traficantes de entorpecentes e àqueles que empreendem crimes contra finanças públicas, ambos os crimes extremamente danosos à coletividade e ordem pública.<sup>129</sup>

Igualmente, como o princípio da inocência, não pode o princípio da segurança jurídica ser utilizado para locupletamento ilícito de uns poucos indivíduos. Até mesmo porque esse benefício somente pode ser obtido em detrimento do direito

---

<sup>125</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 39-40.

<sup>126</sup> Idem.

<sup>127</sup> Idem.

<sup>128</sup> Idem.

<sup>129</sup> Idem.

de tantos outros cidadãos que carecem de serviços básicos como saúde, educação, moradia.<sup>130</sup>

Ao contrário, o dispositivo da inadmissibilidade de provas ilícitas deve ser empregado como um instrumento constitucional a serviço da promoção de igualdade de todos. É importante como demonstração de respeito aos milhares de indivíduos que se portam adequadamente, em conformidade com as normas, bem como pelo combate à criminalidade. Se assim não for, invertem-se valores. Beneficia-se pessoas que assumem posturas desviantes dos padrões escolhidos socialmente, em prejuízo daquele que limite seu livre arbítrio em favor de um convivência comunitária ordeira e harmoniosa.<sup>131</sup>

Assim, pela análise dos princípios conclui-se que perante a extensa previsão de garantias constitucionais inseridas nas liberdades públicas, direitos não podem ser considerados absolutos em razão de, freqüentemente, serem contrapostos em termos de valoração. Dessa forma, os princípios relatados, que estão inclusive interligados, devem ser relativos para atender o que se mostrar necessário. Em determinado momento o limite da licitude probatória pode vir a ser imperioso para defesa de direitos e garantias individuais inseridos nas liberdades públicas, ora poderiam ser precisos à proteção da instrumentalidade do processo e da defesa social.<sup>132</sup>

### **3 ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA EM CONDENAÇÃO PENAL**

#### **3.1 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PROVA ILÍCITA PARA CONDENAR E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Conforme se discorreu ao longo do trabalho, a possibilidade de aplicação da prova ilícita para condenação é assunto polêmico, em que pese a positivação da norma e confirmação pelo Código de Processo Penal. Perante a peculiaridade de casos concretos, os entendimentos podem variar e se modificar.

---

<sup>130</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 41-42.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 42-43.

<sup>132</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 6.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência dos Tribunais questionam diariamente a inadmissibilidade das provas colhidas por meio ilícito haja vista a intenção em assegurar as garantias fundamentais e individuais e obter um processo justo e eficaz para a sociedade.<sup>133</sup>

Nessa linha de raciocínio, o limite quanto ao direito de provar tornou-se objeto de intensa discussão, que a máquina judiciária ora tende a restringir e ora tende a ampliar.

Importante destacar que a tutela da intimidade do indivíduo e a defesa social da coletividade são pontos próximos, razão pela qual existe uma sutileza em pontuar a zona limítrofe entre: colher provas sem desrespeito às garantias sociais e o respeito das liberdades individuais.<sup>134</sup>

“O sistema de liberdades públicas e a atividade instrutória do Estado são pratos de uma balança que estão em permanente conflito. O equilíbrio é a meta.”<sup>135</sup>

Nesse contexto, depreende-se que o legislador fez a escolha pelas liberdades individuais em detrimento da defesa social, ao consagrar expressamente na Constituição Federal a inadmissibilidade das provas colhidas por meio ilícito. Consequentemente impuseram-se limites à descoberta da verdade material e processual.<sup>136</sup>

Celso Ribeiro Bastos<sup>137</sup> leciona que:

“O art. 5º, LVI que consagra a inadmissibilidade das provas ilícitas deve ceder nas hipóteses em que a sua observância intransigente poderia levar a lesão a um direito fundamental ainda mais valorado.

---

<sup>133</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 352.

<sup>134</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.7.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 7-8.

<sup>136</sup> *Idem*.

<sup>137</sup> BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1998-1993. p. 273-274

A interpretação ponderada e equilibrada do texto constitucional permite que se confira eficácia ao propósito de banir as provas ilícitas sem, contudo extremar este princípio a ponto de se permitir a eficácia de outros direitos constitucionais, também fartamente protegidos, como o da ampla defesa.”

Entende-se que a introdução do dispositivo da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo teve a finalidade de proteger os indivíduos de perseguições políticas. Contudo, não se atentou para uma amplitude desse artigo que ocasionaria proteção de atividades criminosas lesivas à sociedade em geral.<sup>138</sup>

Nesse sentido, da mesma forma que existem limites para o exercício da atividade probatória, deveria também existir quanto à garantia das liberdades individuais. Tem-se aqui, por base, que todas as garantias constitucionais são relativas, devendo os valores em análise serem sopesados.<sup>139</sup>

Assim, tendo por base esse pensamento, o sistema judiciário não deveria adotar posições extremistas e absolutas. Nota-se, contudo que, pelo entendimento do legislador, a regra continua a ser a garantia de liberdades individuais.

Entretanto, não se concorda aqui com esse modelo, mas sim com um sistema amparado na busca pela verdade real, bem como pela valoração das provas pelo órgão julgador por meio do princípio da proporcionalidade.

Sobre o princípio da proporcionalidade, há quem defenda que “a teoria da proporcionalidade traz consigo um alto grau de subjetivismo, já que seus elementos são valores considerados num plano abstrato. Portanto, a sua aplicação jurisprudencial é cercada de dúvidas e incertezas”.<sup>140</sup>

Nota-se, entretanto, que os sistemas jurídicos se organizam de forma a ordenar as garantias por ele protegidas, conforme o grau de essencialidade que a

---

<sup>138</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: Limites à Licidade Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.12.

<sup>139</sup> Idem.

<sup>140</sup> COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n.133, p. 85-120, mar. 2006.

sociedade lhes dá. Assim sendo, aquelas condutas consideradas mais gravosas são punidas com maior rigor.<sup>141</sup>

Com fundamento nesse pensamento, a legislação alemã aceita, em caráter excepcional, a prova ilícita. Baseia-se no equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes. Para isso, utiliza-se a teoria pela qual a admissibilidade ou não das provas ilícitas é determinada *a posteriori*. Sua admissão ou rejeição, portanto, somente é analisada após a verificação dos valores em questão no caso real. Dessa forma, os indivíduos detêm consciência de que não podem abusar do direito de privacidade, intimidade e liberdade em detrimento de direitos sociais igualmente relevantes. Isto porque se assim fizerem, o Estado não se manterá omissivo, utilizará o princípio da proporcionalidade para correta decisão e aplicação da lei.<sup>142</sup>

As críticas sobre esse tipo de sistema se dão com relação a uma suposta insegurança jurídica trazida. Defendem que essa conduta estatal expõe a risco os interesses individuais visto que depende-se do livre arbítrio do magistrado sobre os interesses predominantes.<sup>143</sup>

Contudo, os direitos individuais não são afrontados devido a utilização do princípio da proporcionalidade para verificar a licitude de provas criminais. Em verdade, a maleabilidade advinda da proporcionalidade não expõe os indivíduos a um critério subjetivo e casuístico.<sup>144</sup> Ao contrário, a proporcionalidade pressupõe equilíbrio e adequada aplicação da lei e isto corresponde à segurança jurídica.

Como bem exposto por Maria Cecília Pontes Carnaúba<sup>145</sup>:

“A interpretação sistêmica é a forma de realização da Constituição quem tem maior possibilidade de materializar os objetivos nela contidos, porque os dispositivos constitucionais instituem princípios e normas abstratamente, *a priori*, porém a necessidade de restrição a esses direitos é sempre *a posteriori*, pois o direito não nasce desde já limitado.”

---

<sup>141</sup>CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.93.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 93-94.

<sup>143</sup> *Idem*.

<sup>144</sup> *Idem*.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 95.

Caso polêmico sobre o tema é o julgamento do RE nº. 251.445/GO, vejamos:

“Trata-se de decisão da Suprema Corte, no julgamento do RE nº. 251.445/GO (DJU 3.8.2000). Relator o eminente Ministro Celso de Mello, cuidando da seguinte hipótese: “T (em referência a um terceiro), sabendo da prática habitual de crime contra crianças e adolescentes, por parte de R (réu, na ação penal em comento), adentrou o local de trabalho deste, dali subtraindo diversas fotografias nas quais apareciam crianças nuas e/ou mantendo relações sexuais. De posse do material incriminador, T passou a exigir de R a entrega de dinheiro, sob a ameaça de entregar as fotografias à Polícia. Recusada a exigência, as fotos foram efetivamente entregues à autoridade policial, terminando por instruir ação penal instaurada contra R. Após a absolvição em segunda instância, a Suprema Corte terminou por rejeitar o recurso aviado, sob o fundamento da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, com violação ao domicílio de R.”<sup>146</sup>

Como bem exposto por Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>147</sup>:

“A Suprema Corte perdeu uma grande oportunidade de aplicação do critério da proporcionalidade, sobretudo porque se encontrava diante de uma situação em que as lesões, presentes e futuras, causadas pela infração criminal eram (e serão), a sendo comum, imensamente maiores que aquela decorrente da violação de domicílio.”

Conforme entendimento de Ada Pellegrini Grinover, tem a aplicação do princípio da proporcionalidade às provas ilícitas como um instrumento necessário para a segurança de valores em conflito, desde que aplicado em casos extraordinários, que levariam a resultados desproporcionais e repugnantes se inadmitida a prova obtida por meio ilícito.<sup>148</sup>

Assim, inaceitável admitir hipóteses como esta pelo simples e cego cumprimento de determinação legal, sem análise singular do caso e dos valores preponderantes. Apesar da inadmissibilidade das provas ilícitas estar positivada na legislação pátria e ainda ser o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, conclui-se que o critério da proporcionalidade é medida necessária a, em alguns casos, salvaguardar direitos sociais mais relevantes que os individuais.

<sup>146</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 378.

<sup>147</sup> Idem.

<sup>148</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini apud COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. *Revista de Processo*. São Paulo, v.31, n. 133, p. 85-120, mar 2006, p. 89.

## CONCLUSÃO

O trabalho analisou desde a origem da norma que prevê a inadmissibilidade das provas ilícitas. Observou-se que seu surgimento se deu com a finalidade de impedir afrontas à dignidade humana, recorrentes na antiguidade. Todavia, a sociedade em muito evoluiu sua forma de pensar e valores. Assim a norma não tem mais atendido à finalidade inicialmente proposta.<sup>149</sup>

Viu-se que a positivação da inadmissibilidade das provas ilícitas pretende proteger a dignidade da pessoa humana, a intimidade, a liberdade, igualdade, fornecer segurança jurídica, razão pela qual se discorreu sobre todos esses pontos em seus aspectos favoráveis e desfavoráveis.

Observou-se ainda que, atualmente, esses valores protegidos pelo manto da inadmissibilidade têm sido contrapostos a outros valores igualmente protegidos na legislação pátria e muitas vezes, mais essenciais e relevantes que aquele.

Conforme Capez, não existe propriamente um conflito entre as garantias fundamentais. No caso de princípios constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social.<sup>150</sup>

Assim, ressaltou-se que uma aplicação absoluta e desmedida, sem preponderar valores termina por beneficiar criminosos ou valores individuais muito menos importantes que interesses sociais em questão.

Mostrou-se que isso se configura como uma injustiça social visto que a coletividade nada mais é que um conjunto de indivíduos. Assim, privilegiar um interesse individual em prejuízo de interesse social e coletivo certamente trará imenso desconforto à sociedade.

---

<sup>149</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>150</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 351.

Entende-se que esta questão será sensivelmente minorada se houver uma atenta e criteriosa aplicação pelo Poder Judiciário do princípio da proporcionalidade, que tem origem na doutrina alemã e vem sendo admitido nos Estados Unidos da América, com a denominação de teoria da razoabilidade. Este princípio constitui-se uma das formas de expressão do princípio do devido processo legal e ao inverso do que muitos defendem, não confronta os princípios defendidos no Estado Democrático de Direito, na realidade, ajuda a consolidá-los.<sup>151</sup>

Defende-se diretrizes básicas de proteção na Constituição. No entanto, quanto à admissibilidade ou não de provas não se mostra razoável um pré-estabelecimento, visto que dependerá da análise dos valores em questão. Cabe ao juiz analisar requisitos como a boa fé do agente captor da prova, se o modo de obtenção foi realmente necessário, a exclusividade da prova, o motivo relevante etc. Caso contrário, estaria o juiz impedido de conferir valor a estas provas, preservando assim a individualidade do ser humano.<sup>152</sup>

A efetiva realização da justiça, com o fito de evitar resultados desarrazoados e injustos perante o bom senso comum de toda a sociedade é um direito e, sobretudo, uma necessidade do Estado Democrático de Direito, devendo, contudo, o Poder Judiciário agir com extrema cautela para o ideal equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses sociais e coletivos.<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>152</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>153</sup> Idem.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Carvalho. *Da prova do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

ASSIS, Drieper Chagas de. *Provas ilícitas no processo penal – vedação constitucional e o direito de defesa*. Uberaba: Revista Jurídica INIJUS, 2009.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da Lei 9.296/96 e da Jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1998-1993.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, 03 out 1941. Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário*. ARE 731306. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 ago 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4354714>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. HC 100789. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 08 set 2008. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/141045935/RESE-25-03>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus*. HC 228460. Relatora Ministra Laurita Vaz. 05 nov 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24659163/habeas-corpus-hc-228460-ms-2011-0302731-1-stj/relatorio-e-voto-24659165>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso ordinário em Habeas corpus*. RHC 117964. Relator Ministro Dias Toffoli. 10 mar 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23326735/medida-cautelar-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-117964-rj-stf>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 20110020167615HBC, Relator Ministro George Lopes Leite. 22 set 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/31081941/pg-236-diario-de-justica-do-distrito-federal-djdf-de-30-09-2011>>.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal: revista e atualizada de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n.133, p. 85-120, mar. 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM*, v. 18, n. 85, p. 404, jul/ago. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini apud COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. *Revista de Processo*. São Paulo, v.31, n. 133, p. 85-120, mar 2006, p. 89.

JUNIOR, Amaro Bandeira de Araújo. *Provas ilícitas no processo penal*, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23631/provas-ilicitas-no-processo-penal#ixzz2vaGM31di>>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as Provas ilicitamente obtidas*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, 1996.

NÉRI JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Flávio Cardoso de. *Direito Processual Penal*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual da prova penal constitucional: pós reforma de 2008*. Curitiba: Juruá, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal: principalmente em face da Constituição de 5.10.1988*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.