

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

MONOGRAFIA

ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS
NO PROCESSO PENAL

Luíni Peixoto Lima

2014



UFRRJ UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL
DO RIO DE JANEIRO

**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
MONOGRAFIA**

**ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS
NO PROCESSO PENAL**

LUÍNI PEIXOTO LIMA

Sob a orientação da professora
Carla Appollinario de Castro

Monografia submetida como requisito
de conclusão do Curso de Direito e
obtenção do título em **bacharel em
direito.**

Três Rios, RJ
Janeiro de 2014

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS
CURSO DE DIREITO
LUÍNI PEIXOTO LIMA

Monografia submetida como requisito para obtenção do título de **Bacharel em Direito**, no
Curso de Direito.

MONOGRAFIA APROVADA EM 31 DE JANEIRO DE 2014

Carla Appollinario de Castro
Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais - UFF
(Orientadora)

Andreza Aparecida Franco Câmara
Mestre em Direito da Cidade – UERJ

Gabriel Borges da Silva
Mestrando em Direito Constitucional - UFF

*Dedico este trabalho aos meus pais,
Leandro e Marizete, que sempre me
ensinaram a agir com retidão e humildade,
plantando no cerne da minha criação os
mais puros ideais de justiça.*

Não poderia deixar de agradecer aos meus professores de graduação, que mesmo não estando diretamente ligados ao meu trabalho, sempre se dispuseram a me auxiliar no que fosse preciso.

RESUMO

LIMA, Luíni Peixoto. **Admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal**. 2014. ____p Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso de Direito). Instituto Três Rios, Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais. Curso de Direito. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2014.

Este trabalho foi realizado mediante análise doutrinária e jurisprudencial, buscando encontrar padrão na relativização e aplicação das provas obtidas por meios ilícitos, ainda que a Constituição Federal disponha pela sua inadmissibilidade. Em primeiro momento, fez-se um estudo da progressão histórica do instituto da prova no processo penal, assim como uma delimitação de seus objetivos. Posteriormente, abordamos as diversas correntes e posicionamentos doutrinários, desde os mais clássicos até os mais contemporâneos, onde foi possível observar um progresso similar ao estudado na parte histórica, apesar de alguns ainda manterem-se arraigados em posicionamentos mais antigos. Em sequência, passamos ao estudo de emblemáticos julgados dos tribunais superiores brasileiros, onde pudemos perceber a inexistência de posicionamento pacificado acerca do tema. Observamos que grande maioria das decisões reconheceu a teoria da inadmissibilidade absoluta como regra, mas, em casos específicos, ponderaram os preceitos constitucionais conflitantes e vezes decidiram pela admissibilidade, vezes pela inadmissibilidade, mantendo posições flutuantes ao decorrer de quase três décadas de julgados analisados. Foi possível concluir, então, pela impossibilidade de se traçar diretrizes objetivas quanto a admissibilidade, de forma que a análise caso a caso se mostra fundamental para o deslinde da controvérsia.

Palavras-chave: Prova ilícita. Admissibilidade. Processo Penal

ABSTRACT

LIMA, Luíni Peixoto. **Admissibility of proof obtained through illicit means in penal process**. 2014. ____p Monography (Completion of Course Work of Law School). Instituto Três Rios, Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais. Curso de Direito. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2014.

This work has been made through analysis of doctrine and jurisprudence, looking forward to find a standard in relativisation and application of proofs obtained through illicit means, even though the Federal Constitution determines its inadmissibility. In a first moment, a historic study of the progression of the institute of proof in penal processes, as well a delimitation of its objectives. Afterwards, we approached the many streams and doctrinary positions, from the most classics to the most contemporary, where it was possible to observe a similar progress to the one studied in historic part, although some still stand rooted in older positionings. In sequence, we passed to the study of emblematic cases of the brazilian higher courts, where we could notice the inexistence of pacified positioning about the theme. We observed that the majority of the decisions acknowledged the absolute inadmissibility as a standard, but, in specific occasions, consider the conflitating constitutional precepts and for many times decided for the admissibility, times for the inadmissibility, keeping floating positions through the almost three decades of analyzed cases. It was possible to conclude, then, by the impossibility to trace objective directions about the admissibility, in ways that the analysis in case shows itself as fundamental to the case solution.

Keywords: Illicit Proof. Admissibility. Penal Process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 TEORIA DA PROVA	12
1.1 Breve Histórico	13
1.2 Objeto da Prova	14
1.3 Verdade material e verdade formal	16
1.4 Requisitos de validade da prova e a prova ilícita	19
1.5 Teorias acerca da admissibilidade das provas ilícitas	23
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À PROVA	24
2.1 O princípio da proporcionalidade	25
2.2 A amplitude de defesa e a prova da inocência	28
3 A TEORIA DA PROVA ILÍCITA E OS TRIBUNAIS SUPERIORES	30
3.1 A evolução dos posicionamentos jurisprudenciais	30
CONCLUSÕES	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

O processo penal é tido por alguns como um ritual de reconhecimento, sendo um instrumento de retrospectiva, reconstrução aproximativa de um fato histórico. Aury Lopes Jr. entende que “como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado”.¹

A partir da ideia de que a prova é meio de reconstrução e o que dá ao julgador meios possíveis de se julgar, questiona-se se todas as formas de provas são admitidas no processo penal.

A doutrina processual penal, assim como os tribunais superiores, faz alguns anos, solidificaram o entendimento de que as provas obtidas por meios ilícitos, assim como aquelas derivadas diretamente de provas ilícitas, não poderiam ser utilizadas no processo penal, devendo ser desentranhadas dos autos do processo a fim de não contaminarem o convencimento do juiz.

Argumento que soma para tal afirmativa é o de que a aceitação desse tipo de prova seria uma ofensa direta aos princípios democráticos e às garantias constitucionais, de modo a serem repudiados de pronto.

Nesses termos, com a edição da Lei 11.690/2008, foi alterado o artigo 157 do Código de Processo Penal, a fim de constar o seguinte:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

(...)

Entretanto, os Tribunais Superiores e algumas vezes destoantes na doutrina, começaram a emanar entendimentos isolados no sentido de que, em certos casos, seria admissível o juiz firmar seu juízo de valor com base em provas obtidas por meios ilícitos, até então, hipótese repudiada.

Observamos que grande maioria das decisões reconheceu a teoria da inadmissibilidade absoluta como regra, mas, em casos específicos, ponderaram os preceitos constitucionais conflitantes e vezes decidiram pela admissibilidade, vezes pela inadmissibilidade, mantendo posições flutuantes ao decorrer de quase três décadas de julgados analisados.

Portanto, existe a necessidade de estudar a questão apresentada, de forma a entender se há realmente possibilidade de utilização de provas ilícitas no processo penal e qual seria o seu alcance.

¹ LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 535.

1 TEORIA DA PROVA

A palavra *prova* provém do latim, *probatio*, que, segundo a definição gramatical do termo constante no Dicionário Aurélio, significa:

1. Aquilo que atesta a veracidade ou autenticidade de algo. 2. Ato que atesta uma intenção ou sentimento; testemunho. 3. Processo que permite verificar a exatidão dum cálculo. 4. Ato de provar.²

Por sua vez, o verbo *provar* significa:

1. Estabelecer a verdade, a realidade de; dar prova. 2. Demonstrar, comprovar. 3. Submeter a prova; experimentar. 4. Revelar, mostrar.³

Imperioso observar que nas definições gramaticais colacionadas acima, é constante a ideia de demonstrar a realidade fática, comprovar a verdade. Mas, na seara jurídica, a prova é tratada de forma mais técnica. Para tanto, Fernando Capez nos traz o seguinte conceito:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, com a redação determinada pela Lei 11.690/2008, 209 e 234) e por terceiros (p.ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.⁴

Temos também o conceito apresentado por Fernando da Costa Tourinho Filho, ao afirmar que:

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade, e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*.⁵

Evidentemente, infrutífera será uma suspeita de ocorrência de um delito se não forem carreados nos autos do processo elementos fático-probatórios capazes de formarem o convencimento do juiz a respeito do caso concreto.

Nas palavras de Vicente Greco Filho:

De nada adianta o direito em tese ser favorável a alguém se não consegue demonstrar que se encontra numa situação que permite a incidência da norma. Ou ao contrário, especialmente o que ocorre no plano penal: de nada

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 7ª ed. Curitiba: Positivo, 2008, p.662.

³ *Op. Cit.* p. 662.

⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 360.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 563.

adianta haver suspeita de que alguém violou a lei criminal, mas de nada adianta essa suspeita, que não passa de uma opinião íntima, se não se trazer aos autos a prova de que estão presentes os elementos necessários à condenação.⁶

1.1 Breve histórico

Cabe, antes de dar seguimento ao estudo da teoria em questão, trazer à luz as formas como as provas eram apreciadas na antiguidade, a fim de clarear o entendimento do estágio em que nos encontramos.

Inicialmente, o meio mais antigo que se tem registro são as *ordálias*, onde o juiz assumia o papel de fiscal de seu resultado. Referido sistema era carregado de superstição.

Citando Alcalá-Zamora, Tourinho Filho nos traz que “o sistema ordálico unia a incerteza da loteria à crueldade de várias de suas provas e à irracionalidade de todas elas”.⁷ Eram chamados, em virtude destas características, de *Juízos de Deus*, pois acreditavam os antigos que a divindade era quem intervinha no julgamento demonstrando a inocência ou culpabilidade do réu.

Com a abolição das Ordálias, passamos para o sistema conhecido como *íntima convicção* ou *prova livre*. Tal sistema, apesar de desvinculado da crença divina, desvinculava o julgador de exteriorizar suas razões ao proferir uma decisão, atribuindo às provas o valor que bem desejasse e decidindo de acordo com sua convicção, de foro totalmente íntimo.

Fernando Capez bem nos lembra que “esse sistema vigora entre nós, como exceção, nas decisões proferidas pelo júri popular, nas quais o jurado profere seu voto, sem necessidade de fundamentação”.⁸

Temos, também, o sistema *das provas legais*, também conhecido como *da verdade legal*. Neste sistema, a legislação é quem determina o valor das provas, já de antemão, exclui a discricionariedade do juiz. Novamente, Capez nos ensina que “não existe convicção pessoal do magistrado na valoração do contexto probatório, mas obediência estrita ao sistema de pesos e valores impostos pela lei”.⁹ Constitui, atualmente, exceção a regra, sendo aplicado em hipóteses, por exemplo, da infração deixar vestígios, ocasião em que nem a confissão do acusado supre a falta do exame pericial (vide art. 158 do CPP, assim como o 155 do mesmo diploma).

Por fim, atualmente figura como regra o sistema da *livre convicção* ou *persuasão racional*. Tal sistema, regra geral, admite todos os meios de prova, cabendo ao magistrado valorá-los, ficando, entretanto, restrito às informações constantes nos autos. Certamente, existem exceções a tal restrição, como Tourinho Filho coaduna ao afirmar que “o sistema entre nós chegou ao extremo de facultar ao Juiz, mesmo antes de ser iniciada a ação penal, ordenar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes”.¹⁰

1.2 Objeto da prova.

Uma vez exposto o que se entende por prova, devemos entender qual é o seu objeto. Alguns juristas, como Tourinho Filho, entendem que a expressão é sinônima a *finalidade da prova*, ou seja, o objeto e finalidade da prova é o convencimento do juiz acerca dos fatos trazidos aos autos do processo. Tourinho expressa seu entendimento ao afirmar que “o

⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 211.

⁷ ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. *Apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.577.

⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 399.

⁹ *Ob. Cit.* p. 399.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.578.

objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide”.¹¹

Outros juristas, como Vicente Greco Filho, entendem que o objeto da prova são os fatos. Entretanto, bem se expressa no sentido de que nem todos os fatos devem ser submetidos à apreciação do juízo, vez que podem ser impertinentes e apenas atravancar o julgamento. Para tanto, afirma que “em resumo, conclui-se que o objeto da prova, referida a determinado processo, são os fatos pertinentes, relevantes, e não submetidos a presunção legal.”¹²

Partilhando de entendimento similar, temos Fernando Capez, ao ensinar que o:

Objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo.¹³

Com a devida vênia aos posicionamentos divergentes, entendemos que o objeto da prova são os fatos pertinentes à causa em análise, uma vez que ainda que não se alcance a exatidão da ocorrência dos fatos cabe às partes do litígio comprovar ao juízo que se encontra em situação em que se possa evocar a incidência normativa.

Imperioso deixar claro que não estamos afirmando que o julgamento se trata de um silogismo, onde existe a premissa maior que é a norma jurídica e a premissa menor que engloba a situação de fato. Tal entendimento já fora combatido pela filosofia do direito à exaustão, motivo pelo qual nos dispensamos de abordar referido tema no presente trabalho.

Como exposto anteriormente, ante ao sistema de livre convicção, temos como regra a livre apreciação de todas as formas de prova. Em leve analogia com a Lei Processual Civil, podemos dizer que são aceitas no processo penal todas as provas obtidas por meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, mas hábeis a comprovar a verdade dos fatos (cf. artigo 332, CPC).

De tal assertiva, podemos afirmar que as provas elencadas nos artigos 158 a 250 do Código de Processo Penal não formam rol taxativo. As provas admitidas não se exaurem no texto legal.

Assim, cabe à colação o disposto no artigo 155 do CPP:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Observa-se que a única restrição expressa está contida no parágrafo único do artigo 155, ao tratar do estado da pessoa. Nos demais casos, encontra-se livre a apreciação das provas a fim de atingir a tão almejada *verdade real*.

1.3 Verdade Material e Verdade Formal

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.563.

¹² GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 213.

¹³ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 360.

Existe entendimento no sentido de que a verdade real (também conhecida por verdade material) não é a verdade absoluta, mas sim uma processualmente válida. Um dos principais motivos é a discussão que envolve a filosofia jurídica acerca da impossibilidade de alcançar a verdade absoluta dos fatos ocorridos. A crítica se estende à concepção ortodoxa da verdade real, a qual os críticos afirmam tratar-se de uma concepção mitificada.

Aury Lopes Jr. trata o “mito da verdade real” como uma justificativa dos modelos processuais inquisitórios para se justificar quaisquer atos abusivos cometidos pelas mãos do Estado, complementando que:

Relevante é a distinção entre a “verdade” construída no processo e fixada pelo juiz na sentença e a verdade científica ou histórica. A primeira tem o juiz como investigador exclusivo, ao passo que as demais, não. A competência para investigar esse fato histórico e julgar está fixada em lei, como exclusividade, para o juiz. Logo, uma vez alcançada essa decisão pela coisa julgada, será em regra imutável.¹⁴

A verdade formal (também conhecida por verdade processual), por sua vez, não pretende ser inquestionável e absoluta, uma vez que não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas sim contida pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. A verdade formal é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade substancial, obtida a qualquer custo.

Sufragando por tal entendimento, temos o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Felix Fischer, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 155.149-RJ, ao afirmar que:

(...) Na realidade, no entanto, é de se gizar, a concepção havida, inclusive, por muitos, como ultrapassada, daquilo que vem a ser verdade real, não é aceita pela dogmática moderna. Jorge Figueiredo Dias (*in* “Processo Penal”, ed. 1974, reimpressão de 2004, Coimbra Editora) alerta que “...a verdade material que se busca em processo penal não é o conhecimento ou apreensão absoluta de um acontecimento, que todos sabem escapar à capacidade do conhecimento humano; tanto mais que aqui intervém, irremediavelmente, inúmeras fontes de possível erro...”(p. 204). Ensina que a assim denominada verdade material há de ser tomada em duplo sentido: “no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida” (p.193/194).

Sobre a mitificação da verdade real em sua concepção ortodoxa - hoje tida como própria da metafísica - Francisco das Neves Baptista diz: “... o mundo da prova é o mundo das presunções e construções ideais, estranhas ao que se entende, ordinariamente, por realidade. E o sistema jurídico processual assim o quer: a Constituição subordina rigidamente a prova processual à licitude de sua obtenção e restringe o acesso oficial à intimidade das pessoas; o Código de Processo Penal impõe formas específicas para a prova técnico-pericial e, contrariando a corrente afirmação da “inexistência de hierarquia dos meios probatórios”, põe a confissão em nível de manifesta inferioridade, relativamente às demais fontes de evidência. Adicionalmente, condiciona a admissibilidade de qualquer elemento informativo como convincente à observância do contraditório: (e)vocando a proibição de fazer

¹⁴ LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 567

uso da ciência privada, poder-se-ia dizer também, que à luz do contraditório, se configura como de ciência privada tudo o que for utilizado sem prévia participação das partes " (citando Marinoni) - tudo isto em: O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal", Renovar, p. 209/210.

STJ - HC: 155.149 RJ 2009/0233468-0, Relator: Ministro Felix Fischer, data de julgamento: 29/04/2010, Quinta Turma.

Tal entendimento mostra-se sólido e lógico. Entretanto, alguns aspectos devem ser abordados com maior atenção.

É lógico afirmar que, por tratarmos de bens jurídicos de extrema importância, o julgador deve buscar se aproximar ao máximo da verdade absoluta, ainda que nunca a alcance. Rogério Greco afirma, ao citar Luiz Regis Prado e Nilo Batista, que:

A finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade, ou, nas precisas palavras de Luiz Regis Prado, “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção dos bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade”. Nilo Batista também aduz que “a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena”. A pena, portanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o direito penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade.¹⁵

Portanto, ainda que pacificado o entendimento de que é impossível alcançar a verdade absoluta das questões levadas a juízo, não podemos analisar a validade da prova sob um aspecto meramente legal. Principalmente no direito penal e processual penal, conhecidos então como *ultima ratio* do sistema jurídico, não podemos nos restringir a uma verdade judicial, sob pena de nos aproximarmos da verdade *formal*, comum nos ramos cíveis do direito, e permitirmos que ocorram verdadeiros atentados contra a própria ideia de justiça.

Exemplo em que o dispositivo legal foi afastado em razão de melhor atender à verdade real se deu no julgamento do *Habeas Corpus* nº 196.458-SP, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, cuja ementa segue transcrita:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO. ATOS EXECUTÓRIOS. CONSUMAÇÃO DO DELITO EM LOCAL DIVERSO. TEORIA DO RESULTADO. POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL. BUSCA DA VERDADE REAL. FACILITAÇÃO DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. COMOÇÃO POPULAR. JULGAMENTO EM FORO DIVERSO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EVENTUAL PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Segundo o disposto no inciso I do art. 69 do Código de Processo Penal, tem-se como regra para a determinação da competência jurisdicional o lugar da infração penal, sendo o que se denomina de competência *ratione loci*, visto ser o local que presumivelmente é tido como o que permite uma natural fluidez na produção probatória em juízo, razão pela qual deve o agente ser aí punido. 2. A competência para o processamento e julgamento da causa, em regra, é firmada pelo foro do local

¹⁵ PRADO, Luiz Regis e BATISTA, Nilo *apud* GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 12. ed. - Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 02.

em que ocorreu a consumação do delito (*locus delicti commissi*), com a reunião de todos os elementos típicos, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução. Adotou-se a teoria do resultado. (Art. 70, *caput*, do CPP). 3. No caso concreto, aplicando-se simplesmente o art. 70 do Código de Processo Penal, teríamos como Juízo competente o da comarca de Nazaré Paulista/SP, onde veio a falecer a vítima. 4. O princípio que rege a fixação de competência é de interesse público, objetivando alcançar não só a sentença formalmente legal, mas, principalmente, justa, de maneira que a norma prevista no *caput* do art. 70 do Código de Processo Penal não pode ser interpretada de forma absoluta. 5. Partindo-se de uma interpretação teleológica da norma processual penal, em caso de crimes dolosos contra a vida, a doutrina, secundada pela jurisprudência, tem admitido exceções nas hipóteses em que o resultado morte ocorrer em lugar diverso daquele onde se iniciaram os atos executórios, ao determinar que a competência poderá ser do local onde os atos foram inicialmente praticados. 6. O motivo que levou o legislador a estabelecer como competente o local da consumação do delito foi, certamente, o de facilitar a apuração dos fatos e a produção de provas, bem como o de garantir que o processo possa atingir à sua finalidade primordial, qual seja, a busca da verdade real. 7. Embora, no caso concreto, os atos executórios do crime de homicídio tenham se iniciado na comarca de Guarulhos/SP, local em que houve, em tese, os disparos de arma de fogo contra a vítima, e não obstante tenha se apurado que a causa efetiva da sua morte foi asfixia por afogamento, a qual ocorreu em represa localizada na comarca de Nazaré Paulista/SP, tem-se que, sem dúvidas, o lugar que mais atende às finalidades almejadas pelo legislador ao fixar a competência de foro é o do local em que foram iniciados os atos executórios, o Juízo de Guarulhos/SP, portanto. 8. O local onde o delito repercutiu, primeira e primordialmente, de modo mais intenso deve ser considerado para fins de fixação da competência. 9. Não há como prosperar a alegação de que o prejuízo ao paciente será imenso se o processo for julgado em Guarulhos/SP, por haver, na referida comarca, um clima de comoção popular, pois, além de a defesa não ter comprovado tais alegações, é cediço que, se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou sobre a segurança pessoal do acusado, poderá haver o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, consoante o disposto no art. 427 do Código de Processo Penal. 10. Ordem denegada.

STJ - HC: 196.458 SP 2011/0023804-6, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, data de julgamento: 06/12/2011, Sexta Turma.

Como observamos, ainda que a norma processual penal seja expressa no sentido de que o foro competente para processar e julgar o caso acima colacionado fosse o local do resultado do crime (Artigo 69, I do Código de Processo Penal), tal norma foi afastada a fim de determinar que o juízo competente fosse o da comarca onde se iniciou o crime e onde deixou a maior quantidade de vestígios, assim como testemunhas e tendo lá causado o maior impacto na sociedade, tudo em busca de se alcançar o máximo possível da tão discutida verdade real.

1.4 Requisitos de validade da prova e a prova ilícita

Após apresentada a importância da busca pela verdade real no processo penal, devemos observar as circunstâncias em que tais provas podem ser aceitas como válidas no processo.

Indubitavelmente, a prova tem como claro objetivo a reconstrução dos fatos investigados no processo penal, objetivando-se alcançar a maior proximidade possível à *verdade real*. Para tanto, o aproveitamento dos meios de prova, incluindo ali a idoneidade pela qual foi produzida e sua capacidade de produção de certeza, deve atender com clareza aos princípios e normas a ele aplicáveis.

Como bem nos ensina Vicente Greco Filho, “a parte deve utilizar-se de meios juridicamente possíveis, dentro dos procedimentos previstos no Código, no momento adequado. Os meios de prova devem ser, portanto, idôneos e adequados, bem como formalmente corretos”.¹⁶

No tocante à moralidade, temos os ensinamentos de Tourinho Filho, ao afirmar que “o veto às provas que atentam contra a moralidade e dignidade da pessoa humana, de modo geral, decorre de princípios constitucionais e, por isso mesmo, não pode ser olvidado”.¹⁷

Como bem vemos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é expressa ao trazer, em seu artigo 5º, LVI, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Ainda que a regra seja pela livre apreciação das provas, algumas delas são proibidas de constarem no processo penal, sob pena de macular o convencimento do juiz. São as chamadas provas ilícitas (ou proibidas).

Tourinho Filho, ao tratar do tema, é categórico ao afirmar que “repugna ao bom senso possa o Magistrado valer-se de uma prova obtida criminosamente como razão para a sua sentença”.¹⁸

Por sua vez, Fernando Capez, citando Lammêgo Bulos, conceitua prova ilícita e a subdivide em Formal e Material, como vemos:

(...) provas obtidas por meios ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico. Esses requisitos possuem a natureza forma e a material. A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem. Já a ilicitude material delineia-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório, como nas hipóteses de invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, constrangimento físico, psíquico ou moral a fim de obter confissão ou depoimento de testemunha, etc. (*Constituição Federal anotada*, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2001, pg.244).¹⁹

Outra distinção é feita por Aury Lopes Jr., ao ministrar que as referidas provas deveriam denominar-se ilegais, enquanto gênero, subdividindo-se em ilícitas e ilegítimas, suas espécies. Para tanto, é categórico ao afirmar, citando Moura:

Prova ilegítima: quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento de sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo (...).

Prova ilícita: é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo). Nesse caso, explica Maria Thereza, embora servindo, de forma imediata, também a interesses processuais, é

¹⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 212.

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.566.

¹⁸ *Ob.Cit.* p. 568.

¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo, *apud* CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 363

vista de maneira fundamental, em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo.²⁰

A Constituição Federal, entretanto, expurgou a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, tendo as primeiras abarcado as nuances das segundas, de forma que quaisquer provas obtidas mediante violação de normas de Direito Constitucional ou Material são inadmissíveis na processualística penal.²¹

Significativa parcela da doutrina entende por infrutífera tal junção, vez que (valendo-se da expressão apresentada por Aury Lopes Jr.) a ilegalidade da prova surte efeitos distintos de acordo com a origem do vício.

Na hipótese da produção de uma prova ilegítima (ilícito formal), temos o vício na esfera processualística. Para tanto, existe a possibilidade de repetição do ato de onde se origina o vício e a consequente revisão das etapas processuais decorrentes daquela prova, de forma que, uma vez sanado a causa da ilegitimidade (produção em desconformidade com regra processual), torna-se, portanto, válida e passível de apreciação pelo julgador.

Já na hipótese de prova ilícita (ilícito material), o vício encontra-se chanfrado na esfera material, sendo uma violação aos preceitos fundamentais e/ou materiais penais. Assim, vinculando-se elas a causas externas ao processo, não são passíveis de repetição, portanto, não podem ser convalidadas, devendo ser desentranhadas dos autos do processo e inutilizadas.

Ademais, em atenção à norma constitucional, o Código de Processo Penal insculpe em seu texto o ditame que segue:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

A lei 11.690/2008 alterou o Diploma Processual a fim de incluir o dispositivo acima colacionado. E, conjuntamente com a alteração que extinguiu a distinção legal entre provas ilícitas e ilegítimas, fora positivada a *teoria do fruto da árvore envenenada* também conhecida como *teoria da prova ilícita por derivação*, no parágrafo 1º do supracitado artigo.

Tal teoria, ventilada pela primeira vez na Suprema Corte norte-americana, toma por base a hipótese de que o vício (o veneno) constante na prova de origem (a árvore) transmite-se para as provas derivadas destas (os frutos).

Assim vêm decidindo os tribunais pátrios, em sua maioria, como vemos:

COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. SIGILO. RELATIVIDADE. INSPIRAÇÕES IDEOLÓGICAS. CONFLITO. LEI ORDINÁRIA. INTERPRETAÇÕES. RAZOABILIDADE. 1. É inviolável o sigilo das

²⁰ MOURA, Maria Thereza Assis *apud* LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 593.

²¹ cf. artigo 5º, LVI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer". 2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova". 3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. 4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano). 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

STJ - HC: 76686 PR 2007/0026405-6, Relator: Ministro Nilson Naves, data de Julgamento: 09/09/2008, T6 - Sexta Turma.

Devemos ilustrar duas teorias posteriores que mitigaram a normativa absoluta da ilicitude por derivação, sendo elas a *teoria da fonte independente* e a *teoria da descoberta inevitável*. Ambas atacam o nexo causal entre a prova derivada e a prova ilícita originária.

Ao exemplificar ambas, Aury Lopes Jr. nos ensina que:

Intimamente relacionada com a problemática em torno do nexo causal, está a teoria da fonte independente. Significa que as provas derivadas da ilícita poderiam, de qualquer modo, ser descobertas de outra maneira. (...) Já a exceção da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*) foi utilizada no caso *Nix v. Williams*, em 1984, para validar-se a prova que poderia ser, certamente, obtida de qualquer outra forma.²²

Entretanto, além das teorias apresentadas, acabaram por surgir posicionamentos doutrinários acerca da admissibilidade das provas ilícitas originárias no processo penal, tornando também lícitas as provas dela derivadas, que serão abordadas adiante.

1.5 Teorias acerca da admissibilidade das provas ilícitas

Em ótima síntese apresentada por Aury Lopes Jr., podemos dividir as teorias acerca da admissibilidade (ou não) das provas ilícitas em três principais correntes doutrinárias.

Primeira, e mais antiga, temos a teoria da Admissibilidade. Em síntese, tal corrente entende que a prova poderia ser admitida desde que não fosse vedada pelo ordenamento processual, não interessando violação do direito material. Hoje minoritários, os seguidores desta corrente doutrinária entendem que o responsável pela prova ilícita poderia utilizá-la no processo, respondendo em outro processo pela eventual violação da norma de direito material. Exemplo seria parte que utilizasse prova obtida por meio de violação ao direito de intimidade

²² LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 601.

de terceiro e por isso respondesse a outro processo, mas que não invalidaria a prova constituída no processo original.

Segunda, com o advento de toda a lógica exposta, temos a teoria da Inadmissibilidade Absoluta, que encontra amparo em significativa parcela doutrinária e jurisprudencial. Para os seguidores desta corrente, ao determinar que serão “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, a Constituição Federal foi expressa, não se admitindo exceção à regra, principalmente nos casos de violação dos direitos constitucionalmente assegurados.

Parte da doutrina nacional, ao exemplo de Grinover, Scarance e Magalhães, sustenta que a ilicitude da prova se transmite a tudo o que dela advier, sendo inadmissíveis as provas ilícitas por derivação. Assim se posicionam ao afirmar que “na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e consequentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são igualmente banidas do processo”.²³

Terceira, temos a teoria da Admissibilidade Relativa, mais contemporânea. Seus adeptos defendem uma aplicação mais branda do dispositivo Constitucional. Como em casos excepcionais e de grave complexidade e efeitos, a obtenção e admissibilidade de provas ilícitas podem ser a única forma possível e razoável para a proteção de outros valores fundamentais, a exemplo de ser a única forma de se provar a inocência do réu, hipótese que será abordada com maior complexidade mais adiante. Desta forma, lança-se mão do princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade na ponderação dos preceitos igualmente fundamentais, teoria ventilada primeiramente nas cortes alemãs, com ampla aceitação no ordenamento jurídico brasileiro.

Fernando Capez aduz que “entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar (...)” e conclui que “dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior (...)”²⁴.

Mesmo sentido tomado por Tourinho Filho, ao afirmar que:

Se a inadmissibilidade das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais do homem, não pode repugnar à comum consciência jurídica o fato de a Defesa conseguir por meio ilícito prova que demonstre a inocência do imputado. Poder-se-á, então, dizer: *male captum, bene retentum*.²⁵

Uma teoria criada na Alemanha, após 1945, forneceu luz à divergência. Chamada de *teoria da proporcionalidade*, em caráter excepcional e em casos graves, propõe que será admitida a prova ilícita, ponderando-se os valores contrastantes. Dessa lógica, influi-se que a proibição constitucional às provas ilícitas tratar-se-ia de um princípio relativo.

Percebe-se que, tal relativização tem se dado em especial nos casos em que se favoreceu a defesa, lançando-se mão da interpretação benéfica *pro reo*, mas existindo julgados em que se tem a admissibilidade de referidas provas *pro societate*, como analisaremos em nosso item 3.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À PROVA

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.116.

²⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 367.

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.572.

Muito temos falado acerca da direta influência de preceitos legais e fundamentais na produção e validação das provas, que seriam diretamente responsáveis por sua posterior admissibilidade ou não. Assim sendo, passaremos à análise pormenorizada de alguns destes. Certamente, não temos a intenção de esgotar o tema, visto que cada um dos princípios apresentados na sequência são dignos de trabalhos independentes, mas uma visão incisiva sobre cada um faz-se necessária a fim de melhor ilustrar sua relação com as provas no processo penal.

Apesar da Constituição Federal de 1988 ser expressa no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas, há crescentes vozes no sentido de que a inadmissibilidade absoluta, em certos casos, seria um obstáculo ao alcance da justiça.

Ademais, apesar de constante no bojo constitucional, a inadmissibilidade não é regra isolada do ordenamento. Assim como todas as outras normas de nível constitucional, esta coexiste com princípios que, apesar de não diretamente conflitantes, também se aplicam em certos casos, em detrimento de um ou de outro.

Gilmar Pereira Mendes bem nos ensina que:

Assinale-se que a ideia de conflito ou de colisão de direitos individuais comporta temperamentos. É que nem tudo que se pratica no suposto exercício de determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção. Assim, muitas questões tratadas como relações conflituosas de direitos individuais configuram *conflitos aparentes*, uma vez que as práticas controvertidas desbordam da proteção oferecida pelo direito fundamental em que se pretende buscar abrigo.²⁶

Logo, devemos passar à análise dos preceitos constitucionais que possuem influência direta na ponderação acerca da admissibilidade das provas ilícitas.

2.1 O princípio da proporcionalidade.

Segundo o raciocínio da corrente que defende a admissibilidade relativa, a própria proibição constitucional é um princípio relativo que pode ter sua aplicação suspensa sempre que tratar-se de análise de interesse de maior relevância ou outro direito fundamental conflitante.

Posicionando-se nessa linha de raciocínio, temos Julio Fabbrini Mirabete:

A prova colhida com transgressão aos direitos fundamentais do homem é totalmente inconstitucional e, conseqüentemente, deve ser declarada a sua ineficácia como substrato probatório capaz de abalizar uma decisão judicial. Porém, há uma exceção: quando a vedação é abrandada para acolher a prova ilícita, excepcionalmente e em casos excepcionalmente graves, se a sua aquisição puder ser sopesada como a única forma, possível e admissível, para o abrigo de outros valores fundamentais, considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso.²⁷

Pedro Lenza nos esclarece que, originariamente, a teoria da proporcionalidade dos princípios fundamentais se aplicava:

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.375

²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10ª.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 278.

Para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos — muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na *concessão* de poderes, privilégios ou benefícios — o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins.²⁸

Fernando Capez, citando Canotilho, traz que:

De um modo geral, considera-se inexistir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. (...) os direitos fundamentais não sujeitos a normas restritivas não podem converter-se em direitos com mais restrições do que os direitos restringidos pela Constituição ou com autorização dela (através de lei).²⁹

Atualmente, o princípio da proporcionalidade precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Paulo Gustavo Gonet Branco, ao tratar da proporcionalidade na aplicação de preceitos constitucionais, nos ensina que:

(...) num eventual confronto de princípios incidentes sobre uma situação concreta, a solução não haverá de ser aquela que acode aos casos de conflito entre regras. No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.³⁰

O juízo de ponderação a ser exercido entre as normas constitucionais possui relação intrínseca ao princípio da proporcionalidade, que possui três características fundamentais, sendo elas a exigência de que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do caso concreto (uma vez que sob uma análise da normativa constitucional em abstrato, não existe conflito), que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado, e que o ônus suportado por aquele que teve sua garantia mitigada (em parte ou totalmente) não seja maior do que o benefício que se pretende obter em razão dessa mitigação.

Paulo Gustavo Gonet Branco, novamente, nos ilustra que:

O exercício da ponderação é sensível à ideia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo *status* hierárquico, os princípios constitucionais podem ter “pesos abstratos” diversos. Mas esse peso abstrato é apenas um dos fatores a ser ponderado. Há de se levar em conta, igualmente, o grau de interferência sobre o direito preterido que a escolha do outro pode ocasionar. Por fim, a ponderação deve ter presente a

²⁸ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.159.

²⁹ CANOTILHO, José Gomes *apud* CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 367.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.318.

própria confiabilidade das premissas empíricas em que se escoram os argumentos sobre o significado da solução proposta para os direitos em colisão.³¹

Entretanto, como bem assevera Aury Lopes Jr.:

O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de *proporcionalidade* é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do *interesse público x interesse privado*, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da “prevalência” do interesse público.³²

Em épocas passadas, inclusive, o próprio STF chegou a admitir provas ilícitas contra o réu, valendo-se de cláusulas como interesse público e a verdade real, sendo, entretanto, superado esse entendimento. Este tópico, inclusive, será abordado posteriormente.

Assim, percebemos que o princípio da proporcionalidade, por si só, não é o suficiente para tornar uma prova ilícita admissível no processo penal. Este princípio serve de instrumento, meio, para se mitigar a abolição das provas ilícitas em razão da atenção a outros preceitos.

2.2 A amplitude de defesa e a prova da inocência

Como bem exposto por Eugênio Pacelli de Oliveira:

Lembraremos apenas que o contraditório, cuja compreensão até a década de 1970 limitava-se à garantia de participação das partes no processo, com o direito à informação oportuna de toda prova ou alegação feita nos autos, bem como a possibilidade de reação a elas, passou, com a doutrina do italiano Élio Fazzalari, a incluir também o critério de *igualdade* ou *par conditio* (paridade de armas), no sentido de que a participação, então garantida, se fizesse em *simétrica paridade*. Com a ampla defesa, ou com o princípio da ampla defesa, a participação do acusado no processo penal completa-se (e agiganta-se), pois passa a ser exigido não só a garantia de participação, mas *efetiva participação*, assegurando que o réu tenha uma efetiva contribuição no resultado final do processo.³³

Percebemos, assim, que o princípio da ampla defesa trouxe uma nova visão ao processo penal. Agora não mais se exige a participação formal, mas sim uma efetiva participação. Complementando o raciocínio apresentado acima, Pacelli é incisivo:

(...) a ampla defesa autoriza até mesmo o ingresso de provas obtidas ilicitamente, desde que, é claro, favoráveis à defesa. E nem poderia ser de outro modo. Primeiro, porque, quando a obtenção da prova é feita pelo próprio interessado (o acusado), ou mesmo por outra pessoa que tenha conhecimento da situação de necessidade, o caso será de exclusão de ilicitude, presente, pois, uma das causas de justificação: o estado de necessidade. Mas mesmo quando a prova for obtida por terceiros sem o conhecimento da necessidade, ou mesmo sem a *existência* da necessidade

³¹ *Ob. Cit.* p. 320.

³² LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 596.

³³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p.329.

(porque ainda não iniciada a persecução penal, por exemplo), ela poderá ser validamente aproveitada no processo, em favor do acusado, ainda que ilícita a sua obtenção.³⁴

Aury Lopes Jr., é incisivo ao afirmar:

Nesse caso, a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu. Trata-se da proporcionalidade *pro reo*, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção dessa prova (dessa inocência).³⁵

Evidente que uma prova obtida por meio ilícito, seja ele material ou formal, mas que seja suficiente à comprovação da inocência e consequente absolvição de um réu teria de ser considerada. Inimaginável tolerar-se a condenação de um inocente, por ser uma grave agressão à própria ideia de justiça, cuja ideia máxima é a proteção dos inocentes. Em raciocínio similar, Pacelli diz que, ainda que a prova seja ilícita mas capaz de comprovar a inocência do acusado:

o seu não aproveitamento, fundado na ilicitude, ou seja, com a finalidade de proteção do *direito*, constituiria um insuperável paradoxo: a condenação de quem se sabe e se julga inocente, pela qualidade da prova obtida ilicitamente, seria, sob quaisquer aspectos, uma violação abominável ao *Direito*, ainda que justificada pela finalidade originária de sua proteção (do *Direito*).³⁶

Em um maior aprofundamento, essa orientação doutrinária entende que o acusado, inocente, que obtém prova por meio ilícito, mas hábil a comprovar sua inocência, acaba sendo acobertado pelas excludentes de legítima defesa, estado de necessidade, conforme o caso. Sustentam, como forma de excluir-se a culpabilidade, ser aceitável a inexigibilidade de conduta diversa de quem produz a prova. Em ambos os casos, tais excludentes teriam sua aplicabilidade estendida à própria prova produzida.

Aury Lopes Jr. aponta como partidários dessa orientação Paulo Rangel e Vicente Greco Filho, ao afirmar:

Aponta o acerto da aplicação da chamada teoria da exclusão da ilicitude, em que a conduta do réu ao obter a prova ilícita está amparada pelo direito (causa de exclusão de ilicitude) e, portanto, essa prova não pode mais ser considerada ilícita. Assim, por exemplo, pode ser admitida a interceptação telefônica feita pelo próprio réu, sem ordem judicial, desde que destinada a fazer prova de sua inocência em processo criminal que busca sua condenação. Ou, ainda, quando comete um delito de invasão de domicílio ou violação de correspondência, para buscar elementos que demonstrem sua inocência, estaria ao abrigo do estado de necessidade, que excluiria a ilicitude de sua conduta e conduziria à admissão da prova.³⁷

Em feliz exposição, Fernando Capez nos ensina que:

³⁴ *Ob. Cit.* p. 329-330

³⁵ LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 597

³⁶ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p.330, grifos no original

³⁷ LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 598

A aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.³⁸

3 A TEORIA DA PROVA ILÍCITA E OS TRIBUNAIS SUPERIORES

Após extensa exposição compilando as posições doutrinárias, assim como alguns julgados ilustrativos, passaremos ao estudo de casos concretos cujos julgamentos acabaram por dar frutos a decisões de grande relevância para a matéria em estudo.

Assim sendo, passamos à análise dos fatos que deram origem às decisões colacionadas a seguir, em sua ordem cronológica, com o intuito de demonstrar o acompanhamento, por nossos tribunais superiores, de todo pensamento criado pelos doutrinadores.

3.1 A evolução dos posicionamentos jurisprudenciais.

Até meados da década de 1990, era possível encontrar julgados onde certas provas ilícitas eram admitidas, sob o argumento de busca da verdade real, mesmo sob um viés *pro societate*.

O julgado a seguir, de 1995, trata-se de um *Habeas Corpus* de nº 3982, cujo relator foi o Ministro Adhemar Maciel. A ementa é a que segue:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5. da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (*verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' (*reasonableness*). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (exclusionary rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada.

STJ - HC: 3982 RJ 1995/0053161-5, Relator: Ministro Adhemar Maciel, Data de Julgamento: 05/12/1995, T6 - Sexta Turma.

Em breve síntese, o paciente do *Habeas Corpus* respondia ação penal por corrupção ativa (artigo 333 do CP) por ter, mediante propina, corrompido funcionários públicos para

³⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 369.

que lhe permitissem desfrutar de mordomias no instituto penal onde se encontrava recluso. Sustentou, em seu favor, que a ação fundamentava-se somente em escutas telefônicas ilegais, pois à época não havia lei as regulamentando, de forma que não deveriam ser aceitas como base da persecução penal, requerendo, para tanto, o trancamento da ação.

O julgador reconhece expressamente em seu voto que os preceitos constitucionais de direito ao sigilo telefônico e inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos só seriam relativizados em hipótese favorável ao “homem livre”, mas que o paciente, por estar cumprindo pena em regime fechado, não poderia invocar-lhes a proteção. Dizeres emblemáticos do ministro são “não me quero transformar em mensageiro das violações dos direitos e garantias fundamentais. Só estou pondo em destaque que a sociedade, como um todo, também merece proteção, tanto quanto o indivíduo”.

Assim sendo, denegou a ordem de *Habeas Corpus*, acompanhado por unanimidade.

Posteriormente, em 1997, temos outro *Habeas Corpus*, agora do Supremo Tribunal Federal, de nº 74678 e relatoria do Ministro Moreira Alves, cuja ementa temos a seguir:

"HABEAS CORPUS". UTILIZAÇÃO DE GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR TERCEIRO COM A AUTORIZAÇÃO DE UM DOS INTERLOCUTORES SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO QUANDO HÁ, PARA ESSA UTILIZAÇÃO, EXCLUDENTE DA ANTIJURIDICIDADE. - Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). "Habeas corpus" indeferido.

STF - HC: 74678 SP, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 10/06/1997, Primeira Turma.

No presente julgado, o paciente teria exigido vantagem indevida em razão de sua função pública. A vítima, por sua vez, teria se dirigido à delegacia para tomar as devidas providências, onde foi orientada a buscar maiores provas do alegado, ocasião em que realizou gravação de conversa telefônica mantida entre ele e o paciente. Este, por sua vez, alega que as provas produzidas por meio de gravação de conversa telefônica foram realizadas sem o seu conhecimento e de forma ilícita, lançando-se mão do dispositivo constitucional (art. 5º, LVI da CRFB/88). O ministro relator afirma em seu voto, que “seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos”. Entende também que os preceitos de inviolabilidade da intimidade e da ilicitude da prova evocados pelo paciente não são absolutos, mas sim possuindo elástica relatividade, afirmando que, sobretudo, o direito de defesa da vítima é suficiente para que tais princípios fossem relativizados, no caso.

O *Habeas Corpus* foi, ao final, indeferido por unanimidade.

Ainda em 1997, temos outro *Habeas Corpus*, em sentido similar, julgado pelo STF e distribuído sob o nº 75261, de relatoria do Ministro Octavio Gallotti. Segue a ementa:

- 1. Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre seqüestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Litude desse meio de prova. Precedente do STF: (HC 74.678, 1ª Turma, 10-6-97).
2. Alegação improcedente de perda de objeto do recurso do Ministério Público estadual.
3. Reavaliação do grau de culpabilidade para fins de revisão de dosagem da

pena. Pretensão incompatível com o âmbito do habeas corpus. 4. Pedido, em parte, deferido, para suprimimento da omissão do exame da postulação, expressa nas alegações finais, do benefício da delação premiada (art. 159, § 4º, do Código Penal), mantidas a condenação e a prisão.

STF - HC: 75261 MG , Relator: Octavio Gallotti, Data de Julgamento: 23/06/1997, Primeira Turma.

Em apertada síntese, o paciente foi condenado em razão do crime de extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP). Entretanto, argumenta que o processo é originário de prova ilícita, consistente em interceptação telefônica em época que inexistia lei regulamentando a matéria, gerando nulidade em todo o procedimento, razão pela qual requereu fosse decretada a nulidade *ab initio* do feito.

O ilustre ministro relator, em suas exposições iniciais, reconhece que a interceptação telefônica realizada sem lei que a regulamentasse configuraria prova ilícita, não sendo, portanto, admitida. Entretanto, em análise do caso, extrai-se que a autoridade policial já havia instaurado procedimento investigativo à época da realização das escutas telefônicas e possuía outros meios de prova a embasar as investigações, de forma que a escuta não foi o único elemento probatório capaz de imputar a autoria delitiva ao paciente e, conseqüentemente, dar início à persecução penal. Assim, o ilustre julgador afastou a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, em razão na subteoria da fonte independente da prova e, por fim, concedeu em parte a ordem de *Habeas Corpus*, em razão de alegação de omissão do julgador acerca do benefício da delação premiada (art. 159, §4º do CP), mas mantidas a condenação e a prisão.

No começo do milênio, no ano de 2000, o Supremo Tribunal Federal julgou um Recurso Extraordinário de nº 251445, de relatoria do Ministro Celso de Mello, cuja ementa diz:

PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atinge garantias e

prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI). CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DE CIRURGIÃO-DENTISTA. ESPAÇO PRIVADO SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CP, ART. 150, § 4º, III). NECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA EFEITO DE INGRESSO DOS AGENTES PÚBLICOS. JURISPRUDÊNCIA. DOUTRINA. - Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Carta Política, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas. - Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI). A imprescindibilidade da exibição de mandado judicial revelar-se-á providência inafastável, sempre que houver necessidade, durante o período diurno, de proceder-se, no interior do consultório odontológico, a qualquer tipo de perícia ou à apreensão de quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público, sob pena de absoluta ineficácia jurídica da diligência probatória que vier a ser executada em tal local.

STF – RE: 251445 GO, Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2000.

No julgado em comento, notamos já uma abordagem menos tímida do tema. Como se observa, a prova que serviu de base à persecução penal foi obtida por meio de furto de consultório dental do acusado, onde este trabalhava. Segundo o ilustre julgador, o réu tem o direito de “não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com o apoio de elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal”. Como observamos, além de entender o consultório profissional como extensão do domicílio do réu, acobertando-lhe da garantia de inviolabilidade, o relator é incisivo ao inadmitir o emprego de prova ilícita para fins de persecução penal contra o acusado, ainda que venha a reconhecer que as fotografias que constituíam a prova debatida seriam aptas a comprovar a imputação feita pela acusação.

Certamente, temos um avanço no que tange à aplicação da proporcionalidade de forma desordenada, “servindo a qualquer senhor”, como expomos que adverte Aury Lopes Jr.

Um ano depois, em 2001, tivemos outro emblemático *Habeas Corpus*, julgado pelo STF, nº 80949, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, cuja ementa traz os seguintes dizeres:

I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a

qualquer custo, da verdade real no processo: consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - *nemo tenetur se detegere* -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido.

STF - HC 80949 RJ, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 29/10/2001, Primeira Turma.

Já se percebe, aqui, uma mudança e consolidação do entendimento da jurisprudência nos tribunais superiores quanto à aceitação das provas obtidas por meio ilícito. No caso em comento, o acusado foi gravado, por terceiro, durante uma conversa informal com agentes policiais, ocasião em que forneceu dados suficientes para a investigação e persecução penal.

O julgador é expresso ao afirmar que não se admite, sob o argumento da busca pela verdade real, que o julgador lance mão da proporcionalidade constitucional a fim de acatar provas obtidas mediante violação de garantias do acusado, indo claramente de encontro às posições adotadas pela jurisprudência na década de 1990. Entretanto, ao requerer a exclusão da prova originariamente ilícita e as dela decorrentes (ilicitude por derivação), o impetrante não foi expresso ao apontá-las, de forma que o pedido genérico não é suficiente para o seu deferimento. Assim sendo, o pedido foi deferido em parte, por unanimidade.

Em sequência cronológica, temos outro julgado datado de 2006, de competência do Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* nº 52995, sendo relator o ministro Og Fernandes, cujos dizeres encontram-se ementados da seguinte forma:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. OBTENÇÃO DE DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA SUPOSTAMENTE ILEGAL. ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO. PACIENTES QUE NÃO PODEM SE BENEFICIAR COM A PRÓPRIA TORPEZA. CONHECIMENTO INEVITÁVEL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Ao se debruçar sobre o que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal, é necessário que se faça sua interpretação com temperamentos, afinal, inexistente, no ordenamento pátrio, direito absoluto. Assim, diante do caso concreto, cabe ao intérprete fazer uma ponderação de valores. 2. A inviolabilidade dos sigilos é a regra, e a quebra, a exceção. Sendo exceção, deve-se observar que a motivação para a quebra dos sigilos seja de tal ordem necessária que encontre apoio no princípio da proporcionalidade, sob pena de se considerarem ilícitas as provas decorrentes dessa violação. 3. Assim, a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada. 4. Entretanto, no caso, há que se fazer duas considerações essenciais que afastam, por completo, a proteção que ora é requerida por meio de reconhecimento de nulidade absoluta do feito. A primeira diz respeito à própria essência dessa nulidade que, em tese, ter-se-ia originado com a publicidade dada pelo banco ao sobrinho da vítima, que também era seu herdeiro. Tratou-se toda a operação bancária de um golpe efetivado por meio de um engodo. Titularidade solidária que detinha uma das pacientes e que agora é reclamada para efeitos de autorização legal, decorreu de ilícito efetivado contra vítima. 5. Pretende-se, na verdade, obter benefício com a própria prática criminosa. Impossibilidade de se beneficiar da própria torpeza. 6. A segunda consideração, não menos importante, é que o extrato ou documento de transferência foi obtido por herdeiro da vítima, circunstância que ocorreria de qualquer maneira após a sua habilitação em inventário, a ensejar, da mesma maneira, o desenrolar do processo tal qual como ocorreu na espécie. 7. Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável. 8. Ordem denegada.

STJ – HC: 52995 AL, Relator: Ministro Og Fernandes, Data de Julgamento: 16/09/2010, T6 - Sexta Turma.

Em julgado um tanto quanto controverso, o ministro relator Og Fernandes denegou a ordem de *Habeas Corpus*. Trata-se de crime de furto qualificado onde o paciente teria furtado, mediante fraude, montante equivalente a R\$166.000,00 (cento e sessenta e seis mil reais) da vítima. O crime em questão teria sido descoberto pelo sobrinho do paciente, ao ter acesso aos dados bancários da vítima por meio de informações prestadas pelo Banco do Brasil. Sustenta o impetrante que tais informações constituem quebra de sigilo bancário e, consequentemente, prova ilícita, motivo pelo qual não poderiam ser utilizadas contra o paciente.

Sustenta o relator do voto que, apesar de reconhecer a teoria quase pacificada no Supremo Tribunal Federal, o acusado não pode se beneficiar de sua própria torpeza, além do fato de aplicar a teoria da descoberta inevitável, sob o argumento de que o sobrinho teria acesso aos dados bancários a partir do momento em que se habilitasse no processo de inventário, de forma que as informações rechaçadas seriam obtidas de qualquer maneira, estando, portanto, válidas.

Já no ano de 2009, temos outro julgado emblemático a mãos. *Habeas Corpus* de competência do Superior Tribunal de Justiça, de nº 149.250, de relatoria do ministro Adilson Vieira Macabu, assim ementado:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO SATIAGRAHA. PARTICIPAÇÃO IRREGULAR, INDIVIDUALMENTE COMPROVADA, DE DEZENAS DE FUNCIONÁRIOS DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) E DE EX-SERVIDOR DO SNI, EM INVESTIGAÇÃO CONDUZIDA PELA POLÍCIA FEDERAL. MANIFESTO ABUSO DE PODER. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR-SE A ATUAÇÃO EFETIVADA COMO HIPÓTESE EXCEPCIONALÍSSIMA, CAPAZ DE PERMITIR COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PRECEITO LEGAL AUTORIZANDO-A. PATENTE A OCORRÊNCIA DE INTROMISSÃO ESTATAL, ABUSIVA E ILEGAL NA ESFERA DA VIDA PRIVADA, NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÕES DA HONRA, DA IMAGEM E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INDEVIDA OBTENÇÃO DE PROVA ILÍCITA, PORQUANTO COLHIDA EM DESCONFORMIDADE COM PRECEITO LEGAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. AS NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL, E DEMONSTRADAS À EXAUSTÃO, CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL. INFRINGÊNCIA A DIVERSOS DISPOSITIVOS DE LEI. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPARCIALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INQUESTIONAVELMENTE CARACTERIZADA. A AUTORIDADE DO JUIZ ESTÁ DIRETAMENTE LIGADA À SUA INDEPENDÊNCIA AO JULGAR E À IMPARCIALIDADE. UMA DECISÃO JUDICIAL NÃO PODE SER DITADA POR CRITÉRIOS SUBJETIVOS, NORTEADA PELO ABUSO DE PODER OU DISTANCIADA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ESSAS EXIGÊNCIAS DECORREM DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO. NULIDADE DOS PROCEDIMENTOS QUE SE IMPÕE, ANULANDO-SE, DESDE O INÍCIO, A AÇÃO PENAL. 1. Uma análise detida dos 11 (onze) volumes que compõem o HC demonstra que existe uma grande quantidade de provas aptas a confirmar, cabalmente, a participação indevida, flagrantemente ilegal e abusiva, da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado

responsável pela chefia da Operação Satiagraha. 2. Não há se falar em compartilhamento de dados entre a ABIN e a Polícia Federal, haja vista que a hipótese dos autos não se enquadra nas exceções previstas na Lei nº 9.883/99. 3. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual, como nos ensina a Profª. Ada Pellegrini Grinover, *in* "Nulidades no Processo Penal", "o direito à prova está limitado, na medida em que constitui as garantias do contraditório e da ampla defesa, de sorte que o seu exercício não pode ultrapassar os limites da lei e, sobretudo, da Constituição."4. No caso em exame, é inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalidam, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arrepio da lei. 5. Insta assinalar, por oportuno, que o juiz deve estrita fidelidade à lei penal, dela não podendo se afastar a não ser que imprudentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda da imparcialidade. Ele não deve, jamais, perder de vista a importância da democracia e do Estado Democrático de Direito. 6. Portanto, inexistem dúvidas de que tais provas estão irremediavelmente maculadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica, consoante entendimento já cristalizado pela doutrina pacífica e lastreado na torrencial jurisprudência dos nossos tribunais. 7. Pelo exposto, concedo a ordem para anular, todas as provas produzidas, em especial a dos procedimentos nº 2007.61.81.010208-7 (monitoramento telefônico), nº 2007.61.81.011419-3 (monitoramento telefônico), e nº 2008.61.81.008291-3 (ação controlada), e dos demais correlatos, anulando também, desde o início, a ação penal, na mesma esteira do bem elaborado parecer exarado pela douta Procuradoria da República.

STJ – HC: 149250 SP, Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Data De Julgamento: 07/06/2011, T5 - Quinta Turma.

No presente caso houve uma grande repercussão nacional. O paciente, Daniel Valente Dantas, foi denunciado pela prática de corrupção ativa (art. 333 c/c 29, ambos do Código Penal), em razão de dados obtidos por meio de investigação informal realizada por agentes da ABIN – Agência Brasileira de Inteligência e investigador particular, cujos dados só vieram a dar origem a investigação policial após a realização de escutas telefônicas por aproximadamente um ano, assim como outras formas de quebra de sigilo contra o paciente, de forma que, segundo o relator, a intromissão estatal abusiva e ilegal na esfera da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem, proscrita submissão do paciente à condição de 'objeto' das investigações, violaram o princípio constitucional da Dignidade Humana, bem como constituíram prova ilícita por terem sido obtidas em contrariedade à previsão legal. Expõe, de forma meticulosa, que os onze volumes do processo em questão continham provas o suficiente aptas a comprovar a participação indevida dos agentes da ABIN nas investigações, uma vez que sua atuação está restrita aos interesses do presidente da república e à defesa nacional, votando, ao final, pela anulação de todas as provas produzidas no decorrer da investigação.

Entretanto, o julgamento não foi unânime. Depois de pedido de vista dos autos, o ministro Gilson Dipp se posicionou no sentido de que, “a despeito da expressa finalidade da ABIN não é impossível a cessão de seus servidores, técnicos, material ou recursos tecnológicos e respectivos operadores para atuação conjunta com a polícia judiciária”, visto que ambas as instituições orientam-se pela preservação do interesse e bem públicos. Sustenta,

também, que não há comprovação contundente de transgressão por meio dos agentes públicos, mas sim meras sugestões nesse sentido, não sendo estas comprovações inequívocas e objetivas.

Ademais, sustenta o ministro Gilson Dipp que, em juízo e sob o crivo do contraditório e ampla defesa, todas as informações colhidas na fase investigativa foram confirmadas e corroboradas pelas testemunhas. Por fim, entende o ministro que os elementos apresentados, além de serem arguidos em data não oportuna, não seriam suficientes para comprovar a ilicitude que se pretendia apontar, votando, ao final, por denegar a ordem. Vemos aqui, no voto discordante, indícios de validação de provas ilícitas, tanto em razão de se sanar o vício na forma posteriormente, em juízo, como da inexistência de violação direta de garantia fundamental por parte dos agentes públicos. Nota-se, também, sombra da teoria da descoberta inevitável, validando as provas que poderiam vir a ser declaradas ilícitas por derivação.

Ocorre que, apesar de toda sustentação, foi voto vencido e única divergência na sessão, que, em sua maioria, acompanhou o voto do relator. Notamos que, apesar de já se caminhar para a jurisprudência pacífica nos anais do Supremo Tribunal Federal, os ministros do Superior Tribunal de Justiça ainda possuíam posicionamentos evidentemente conflitantes quanto à admissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

Em outro *Habeas Corpus*, ainda datado de 2009, de competência também do STJ, distribuído sob o nº 152092 e relatoria do ministro Napoleão Nunes Maia Filho, temos o que segue:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA PROVA POR AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE DO PERÍODO DE DURAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA (1 ANO E 7 MESES) OU DO EXCESSIVO NÚMERO DE TERMINAIS OUVIDOS (50). INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA JUDICIALMENTE DE FORMA FUNDAMENTADA. PRORROGAÇÕES INDISPENSÁVEIS DIANTE DA EXTENSÃO, INTENSIDADE E COMPLEXIDADE DAS CONDUTAS DELITIVAS INVESTIGADAS E DO NÍVEL DE SOFISTICAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, COM RAMIFICAÇÕES NA AMÉRICA DO SUL, NA EUROPA E NOS ESTADOS UNIDOS. DESNECESSIDADE DA DEGRAVAÇÃO INTEGRAL DAS MÍDIAS E DE PERITOS ESPECIALIZADOS PARA TAL FIM. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PEQUENO PERÍODO (7 DIAS), EM QUE REALIZADA A ESCUTA SEM AMPARO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, AINDA QUE POR ERRO DA OPERADORA DE TELEFONIA. PROVA ILÍCITA. INDISPENSABILIDADE DO DESENTRANHAMENTO DO ÁUDIO E DA DEGRAVAÇÃO CORRESPONDENTE DOS AUTOS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL PELO TRIBUNAL A QUO, EM HABEAS CORPUS, SEM PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO, NO PONTO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SÓ E APENAS PARA DETERMINAR O DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS E A DESCONSIDERAÇÃO PELO JUÍZO DO ÁUDIO E TRANSCRIÇÕES REFERENTES AO PERÍODO DE 05.01.2006 A 11.01.2006, POR AUSÊNCIA DE DECISÃO AUTORIZADORA DA MEDIDA. 1. A investigação que embasou a denúncia cuidava de apurar as suspeitosas atividades de articulada e poderosa organização criminosa especializada no comércio ilícito de substâncias entorpecentes

(especialmente cocaína), com ramificações na Bolívia, no Uruguai, na Europa e nos Estados Unidos, esses últimos países receptores da droga, bem como na ocultação dos lucros auferidos com a atividade criminosa mediante a aquisição de postos de gasolina e investimentos em indústria petroquímica. 2. Nesse contexto, não se divisa ausência de razoabilidade no tempo de duração das interceptações ou na quantidade de terminais interceptados, porquanto a dita numerosa quadrilha - veja-se que somente os ora pacientes possuíam 11 linhas telefônicas - e as intrincadas relações estabelecidas necessitavam de minucioso acompanhamento e apuração. 3. Ademais, a legislação infraconstitucional (Lei 9.296/96) não faz qualquer limitação quanto ao número de terminais que podem ser interceptados, ou ao prazo de renovação da medida; tudo irá depender do tipo de investigação a ser feita - quanto mais complexo o esquema criminoso, maior é a necessidade da quebra do sigilo telefônico, de mais pessoas e por mais tempo, com vistas à apuração da verdade que interessa ao processo penal. Precedentes do STJ e STF. 4. É dispensável a de gravação integral dos áudios captados ou que esta seja feita por peritos ou intérpretes, cabendo à autoridade policial, nos exatos termos do art. 6o., §§ 1o. e 2o. da Lei 9.296/96, conduzir a diligência, dentro dos parâmetros fixados pelo Juiz. Precedentes do STJ e STF. 5. Eventual nulidade da interceptação telefônica por breve período (7 dias), por falta de autorização judicial, não há de macular todo o conjunto probatório colhido anteriormente ou posteriormente de forma absolutamente legal; todavia, a prova obtida nesse período deve ser desentranhada dos autos e desconsiderada pelo Juízo. 6. Especificamente sobre o fato objeto da escuta realizada em período não acobertado pela autorização judicial, sua ocorrência poderá ser demonstrada por outros meios, se existentes, desde que não decorrentes diretamente da prova tida por ilícita; assim, eventual incidência das teorias da prova ou da fonte independente ou da descoberta inevitável, deverá ser apreciada pelo Juízo de primeiro grau, após análise ampla do conjunto probatório, vedado que o Tribunal *a quo*, em Habeas Corpus, ação de cognição restrita, decida, a priori, pela validade da prova captada de forma ilegal. 7. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 8. Ordem parcialmente concedida, apenas e tão-somente para determinar o desentranhamento dos autos e a desconsideração pelo Juízo do áudio e transcrições referentes ao período de 05.01.2006 a 11.01.2006, por ausência de decisão judicial autorizadora da medida.

STJ – HC: 152092 RJ. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 08/06/2010, T5 - Quinta Turma.

O *Habeas Corpus* foi impetrado em favor de pacientes condenados por tráfico internacional de drogas e lavagem de dinheiro (art. 35 c/c 40, I da Lei 11.343/06 e art. 1º, I da Lei 9.613/98, na forma dos arts. 69 e 71 do Código Penal). Alega, o impetrante, que as escutas telefônicas, que foram as principais provas contra os pacientes, foram obtidas mediante procedimento que padecia de razoabilidade em sua duração (01 ano e 07 meses). Alegam também que a denúncia utilizou-se de período de escuta realizado sem autorização judicial, portanto, ilícita.

O ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em seu voto, asseverou que, por se tratar de grande organização criminosa, inclusive com atuação em diversos países, assim como o emprego do dinheiro obtido por meio da atividade ilícita no ramo petroquímico, a investigação era de natureza complexa, demandando, inclusive, cooperação de Estados estrangeiros, portanto, a argumentação de ausência de razoabilidade na medida adotada, segundo o julgador, não merece acolhida. O impetrante também não arguiu a necessidade das

escutas telefônicas para o prosseguimento das investigações, de forma que não há que se falar em comprovação de nexo causal entre as escutas telefônicas e possíveis outras provas originárias destas, caso fossem indispensáveis. Não demonstrando o nexo de umas com as outras, não há que se invocar ilicitude por derivação das outras provas produzidas em sede judicial.

Já, em outro aspecto, no que tange à prova comprovadamente produzida em período não acobertado por decisão judicial, o julgado combatido invoca a teoria da descoberta inevitável, para afastar o nexo entre a prova obtida por meio de escuta telefônica não autorizada e as demais escutas realizadas de acordo com determinação judicial, alegando, para tanto, que essas últimas levariam, de qualquer forma, ao descobrimento da primeira, de forma que aquela não padeceria de ilicitude.

Em sentido similar entendeu o ilustre relator, pois seu olhar, a continuidade da ação penal não fica inviabilizada, como pretendia fazer crer o impetrante, pois é fato que havia outras provas válidas para embasar a acusação, sem qualquer ilegalidade, de forma que concedeu a ordem, em parte, para que se desentranhassem os arquivos de áudio referentes ao período de escutas ilegais, dos autos.

Por fim, já em 2010, outro *Habeas Corpus* de competência também do STJ, nº 191378 e relatoria do ministro Sebastião Reis Júnior, cuja extensa ementa nos traz:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. RELATÓRIO DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA, ENCAMINHADO PELO CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS (COAF), SOBRE A EXISTÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA ATÍPICA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. ENVOLVIMENTO DE PARLAMENTARES. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. TRAMITAÇÃO NA JUSTIÇA FEDERAL. INCOMPETÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. REPRESENTAÇÃO PELA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, FISCAL E DE DADOS TELEFÔNICOS DOS INVESTIGADOS, AQUI CONSIDERADA COMO A VERDADEIRA "ORIGEM" DAS INVESTIGAÇÕES, OU SEJA, A RESPONSÁVEL PELO SEU INÍCIO, UMA VEZ QUE O RIF DO COAF SE PRESTOU APENAS PARA A INSTAURAÇÃO DO IPL. NÃO PRECEDÊNCIA DE QUALQUER OUTRA DILIGÊNCIA OU DE QUAISQUER OUTROS MEIOS POSSÍVEIS QUE TENDESSEM A BUSCAR PROVAS PARA O EMBASAMENTO DA *OPINIO DELICTI*. RELATÓRIO DO COAF E REPRESENTAÇÃO POLICIAL QUE RECONHECEM QUE A ATIPICIDADE DAS MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS, POR SI SÓ, NÃO PERMITE CONCLUIR NO SENTIDO DE TER OCORRIDO CRIME FINANCEIRO. NÃO DEMONSTRAÇÃO PELA AUTORIDADE POLICIAL DA IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. TODO INQUÉRITO POLICIAL VISA APURAR A RESPONSABILIDADE DOS ENVOLVIDOS A FIM DE PUNI-LOS, SENDO CERTO QUE A GRAVIDADE DAS INFRAÇÕES E/OU SUA REPERCUSSÃO, POR SI SÓS, NÃO SUSTENTAM A DEVISSA DA INTIMIDADE (MEDIDA DE EXCEÇÃO), ATÉ PORQUE QUALQUER CRIME, DE ELEVADA OU REDUZIDA GRAVIDADE (DESDE QUE PUNIDO COM PENA DE RECLUSÃO), É SUSCETÍVEL DE APURAÇÃO MEDIANTE ESSE MEIO DE PROVA, DONDE SE INFERE QUE ESSE FATOR É IRRELEVANTE PARA SUA IMPOSIÇÃO. IDÊNTICO RACIOCÍNIO DEVE SER EMPREGADO PARA A JUSTIFICATIVA CONCERNENTE AO "PERIGO ENORME E EFETIVO QUE A AÇÃO PODE CAUSAR À ORDEM TRIBUTÁRIA, À ORDEM

ECONÔMICA E ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO", AS QUAIS SE ENCONTRAM CONTIDAS NA GRAVIDADE DAS INFRAÇÕES SOB APURAÇÃO. ÚLTIMO ELEMENTO QUE PODE SER EXTRAÍDO É A COMPLEXIDADE DOS FATOS SOB INVESTIGAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO NEXO ENTRE A REFERIDA CIRCUNSTÂNCIA E A IMPOSSIBILIDADE DE COLHEITA DE PROVAS MEDIANTE OUTROS MEIOS MENOS INVASIVOS. DECISÃO JUDICIAL QUE AUTORIZOU A QUEBRA DO SIGILO FISCAL "SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA", DESPROVIDA DE EMBASAMENTO CONCRETO E CARENTE DE FUNDADAS RAZÕES. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DO AFASTAMENTO DO SIGILO, NAQUELE MOMENTO. POR SER MEDIDA "EXCEPCIONAL" (ASSIM CONSTITUCIONALMENTE POSTA), CABE AO MAGISTRADO A DEMONSTRAÇÃO PRÉVIA E EXAUSTIVA QUANTO À ESTRITA NECESSIDADE DO MEIO DE PROVA EM QUESTÃO, NÃO SE PERMITINDO A DEVASSA/INVASÃO DA INTIMIDADE DE QUALQUER CIDADÃO COM BASE EM AFIRMAÇÕES GENÉRICAS E ABSTRATAS, NEM IGUALMENTE ALICERÇADAS EM MENÇÃO A DISPOSITIVOS DE LEI QUE, POR SEU TURNO, "POSSIBILITAM" A QUEBRA, E NÃO A DETERMINAM POR SI SÓS, DEVENDO SER OBSERVADOS OS DEMAIS REQUISITOS LEGAIS ATINENTES À ESPÉCIE. A QUEBRA DE SIGILO NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE DEVASSA INDISCRIMINADA, SOB PENA DE OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE DO CIDADÃO. POSTERIORES QUEBRAS DE SIGILO DE DADOS TELEFÔNICOS DOS OUTROS INVESTIGADOS, ALÉM DA QUEBRA DO SIGILO FISCAL E DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO PACIENTE. MÁCULAS QUE CONTAMINARAM TODA A PROVA: FALTA DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA SOBRE A PERTINÊNCIA DO GRAVOSO MEIO DE PROVA (ISTO É, AUSÊNCIA DE ELUCIDAÇÃO ACERCA DA INVIABILIDADE DE APURAÇÃO DOS FATOS POR OUTRO MEIO MENOS INVASIVO E DEVASSADOR); UTILIZAÇÃO DA QUEBRA DO SIGILO FISCAL COMO "ORIGEM" PROPRIAMENTE DITA DAS INVESTIGAÇÕES (INSTRUMENTO DE BUSCA GENERALIZADA); AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO EXAUSTIVA E CONCRETA DA REAL NECESSIDADE E IMPRESCINDIBILIDADE DO AFASTAMENTO DO SIGILO; NÃO DEMONSTRAÇÃO, PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU, DA PERTINÊNCIA DA QUEBRA DIANTE DO CONTEXTO CONCRETO DOS FATOS ORA APRESENTADOS PELA AUTORIDADE POLICIAL PARA A RESPECTIVA REPRESENTAÇÃO. PRECEITO CONSTITUCIONAL: A REGRA É A INVIOABILIDADE DO SIGILO E A QUEBRA, MEDIDA DE EXCEÇÃO. ARGUIÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA ACOLHIDA. TOTAL PROCEDÊNCIA. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS TELEFÔNICOS DE OUTROS INVESTIGADOS BEM COMO POSTERIOR QUEBRA DE SIGILO FISCAL E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DO PACIENTE DECORRENTES DAS ANTERIORES QUEBRAS DE SIGILO BANCÁRIO, DE DADOS TELEFÔNICOS E FISCAL. CONTAMINAÇÃO, POR SE TRATAR DE MEROS DESDOBRAMENTOS, QUE SE COMUNICAM E SE COMPLEMENTAM NO MESMO ATO APURATÓRIO, OU SEJA, DECORRERAM TODAS DAS QUEBRAS DE SIGILO RECONHECIDAS COMO VICIADAS. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO. TEORIA

DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. 1. Inquérito policial em trâmite na Justiça Federal, para fins de apurar suposta movimentação financeira atípica de pessoas físicas e jurídicas, devidamente identificadas, que não gozam de foro de prerrogativa de função. Dos fatos narrados na investigação policial, não há nenhum elemento probatório a apontar a participação de parlamentares, mas simplesmente de terceiros, os quais carecem de prerrogativa de foro, não bastando para deslocar a competência para o Supremo Tribunal Federal. Correta, portanto, a competência do Juízo Federal para o respectivo processamento. Precedentes. 2. Quanto à instauração de inquérito policial resultante do Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), nada há que se questionar, mostrando ele totalmente razoável, já que os elementos de convicção existentes se prestaram para o fim colimado. 3. Representação da quebra de sigilo fiscal, por parte da autoridade policial, com base unicamente no Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Representação policial que reconhece que a simples atipicidade de movimentação financeira não caracteriza crime. Não se admite a quebra do sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos (medida excepcional) como regra, ou seja, como a origem propriamente dita das investigações. Não precedeu a investigação policial de nenhuma outra diligência, ou seja, não se esgotou nenhum outro meio possível de prova, partiu-se, exclusivamente, do Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) para requerer o afastamento dos sigilos. Não foi delineado pela autoridade policial nenhum motivo sequer, apto, portanto, a demonstrar a impossibilidade de colheita de provas por outro meio que não a quebra de sigilo fiscal. Não demonstrada a impossibilidade de colheita das provas por outros meios menos lesivos, converteu-se, ilegitimamente, tal prova em instrumento de busca generalizada. Idêntico raciocínio há de se estender à requisição do Ministério Público Federal para o afastamento do sigilo bancário, porquanto referente à mesma questão e aos mesmos investigados. 4. O outro motivo determinante da insubsistência/inconsistência da prova ora obtida diz respeito à inidônea fundamentação, desprovida de embasamento concreto e carente de fundadas razões a justificar ato tão invasivo e devassador na vida dos investigados. O ponto relativo às dificuldades para a colheita de provas por meio de procedimentos menos gravosos, dada a natureza das ditas infrações financeiras e tributárias, poderia até ter sido aventado na motivação, mas não o foi; e, ainda que assim o fosse, far-se-ia necessária a demonstração com base em fatores concretos que expusessem o liame entre a atuação dos investigados e a impossibilidade em questão. A mera constatação de movimentação financeira atípica é pouco demais para amparar a quebra de sigilo; fosse assim, toda e qualquer comunicação do COAF nesse sentido implicaria, necessariamente, o afastamento do sigilo para ser elucidada. Da mesma forma, a gravidade dos fatos e a necessidade de se punir os responsáveis não se mostram como motivação idônea para justificar a medida, a qual deve se ater, exclusiva e exaustivamente, aos requisitos definidos no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo porque a regra consiste na inviolabilidade do sigilo, e a quebra, na sua exceção. Qualquer inquérito policial visa apurar a responsabilidade dos envolvidos a fim de puni-los, sendo certo que a gravidade das infrações, por si só, não sustenta a devassa da intimidade (medida de exceção), até porque qualquer crime, de elevada ou reduzida gravidade (desde que punido com pena de reclusão), é suscetível de apuração mediante esse meio de prova, donde se infere que esse fator é irrelevante para sua imposição. O mesmo raciocínio

pode ser empregado para a justificativa concernente ao "perigo enorme e efetivo que a ação pode causar à ordem tributária, à ordem econômica e "às relações de consumo", as quais se encontram contidas na gravidade das infrações sob apuração. A complexidade dos fatos sob investigação também não autoriza a quebra de sigilo, considerando não ter havido a demonstração do nexo entre a referida circunstância e a impossibilidade de colheita de provas mediante outro meio menos invasivo. Provas testemunhais e periciais também se prestam para elucidar causas complexas, bastando, para isso, a realização de diligências policiais em sintonia com o andamento das ações tidas por criminosas. A mera menção aos dispositivos legais aplicáveis à espécie, por si só, também não se afigura suficiente para suportar tal medida, uma vez que se deve observar que tais dispositivos" possibilitam "a quebra, mas não a" determinam", obrigando o preenchimento dos demais requisitos legais. Máculas que contaminaram toda a prova: falta de demonstração/comprovação inequívoca, por parte da autoridade policial, da pertinência do gravoso meio de prova (isto é, ausência da elucidação acerca da inviabilidade de apuração dos fatos por meio menos invasivo e devassador); utilização da quebra de sigilo fiscal como origem propriamente dita das investigações (instrumento de busca generalizada); ausência de demonstração exaustiva e concreta da real necessidade e imprescindibilidade do afastamento do sigilo; não demonstração, pelo Juízo de primeiro grau, da pertinência da quebra diante do contexto concreto dos fatos ora apresentados pela autoridade policial para tal medida. O deferimento da medida excepcional por parte do magistrado de primeiro grau não se revestiu de fundamentação adequada nem de apoio concreto em suporte fático idôneo, excedendo o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, maculando, assim, de ilicitude referida prova. 5. Todas as demais provas que derivaram da documentação decorrente das quebras consideradas ilícitas devem ser consideradas imprestáveis, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada. 6. Ordem concedida para declarar nulas as quebras de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos, porquanto autorizadas em desconformidade com os ditames legais e, por consequência, declarar igualmente nulas as provas em razão delas produzidas, cabendo, ainda, ao Juiz do caso a análise de tal extensão em relação a outras, já que nesta sede, de via estreita, não se afigura possível averiguá-las; sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes.

STJ - HC: 191378 DF 2010/0216887-1, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 15/09/2011, T6 - Sexta Turma.

Extensa ementa, aqui colacionada, se mostra de importante análise. Mais uma vez, vemos que, mesmo com o decorrer de mais de duas décadas, o tema ainda não encontra terreno firme na jurisprudência nacional.

O paciente, sócio de determinada empresa, foi investigado pela Polícia Federal após denúncia do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, acerca de suposta movimentação financeira envolvendo seu nome, sua empresa e outras da até então Senadora Roseana Sarney e do Deputado Federal José Sarney Filho.

Após arguição preliminar de incompetência não acolhida, motivos os quais não cabem na análise do presente trabalho, o impetrante apontou ilicitude nas provas decorrentes da quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, assim como ausência de justificativa idônea para a autorização judicial da quebra dos referidos sigilos, requerendo fossem declaradas ilícitas as

provas decorrentes da quebra dos referidos sigilos, assim como aquelas deles derivadas, devendo ser declaradas nulas e excluídas dos autos do processo.

Segundo o relator, as investigações que se deram início única e exclusivamente por conta do teor do Relatório de Inteligência Fiscal – RIF, emitido pelo COAF, não fizeram qualquer menção a outras investigações ou qualquer espécie de justificativa da impossibilidade de se valer de outros meios para se apurar os fatos. O conteúdo do RIF não deve ser exposto, para salvaguardar a integridade das pessoas que são obrigadas a fornecer dados pessoais ao COAF por determinação legal. Não obstante, o acesso ao conteúdo do RIF foi a única justificativa para a quebra dos sigilos do paciente.

Após breve exposição dos fatos processuais, o relator pondera acerca de quais valores seriam mais “nobres” na ordem constitucional. Respondendo seu próprio questionamento, afirma que em razão do processo penal avultar a liberdade do acusado, faz-se necessário impor limites à ação persecutória do Estado, de forma que a verdade deve ser obtida não a qualquer custo, mas sim moralmente inatingível. As garantias constitucionais conquistadas pela sociedade impõem limites à atuação do Estado que não pode, sem justo motivo, as violar. A busca pela verdade, segundo ele, deve ser compatibilizada com a ordem constitucional, sem violar as garantias fundamentais do indivíduo.

Notadamente, o voto não questiona o ato investigativo, mas sim os instrumentos e meios empregados para tanto. A partir do momento que a autoridade policial lança mão de documento sigiloso, contendo informações íntimas dos investigados e com simples base nessas informações instaura o inquérito, sem determinar a realização de novas providências e investigações, extrapolou os limites impostos pelo direito ao sigilo e intimidade do indivíduo, garantidos constitucionalmente. O relator ataca incisivamente o fato de a autoridade policial ter tomado, imediatamente, a providência mais gravosa, qual seja, a relativização daqueles princípios individuais, sem se socorrer a outros meios cabíveis de investigação. Dessa forma, teria a autoridade policial cometido grave violação aos preceitos fundamentais, de forma que o vício encontra-se no cerne da prova, incapaz de ser sanado, configurando, portanto, patente ilicitude.

Em breve comentário, temos que, inicialmente, o julgador tende a demonstrar filiação à corrente doutrinária já exposta no presente trabalho, da inadmissibilidade absoluta da prova ilícita. Entretanto, no decorrer do voto, nota-se claramente que existe a aceitação quanto à relativização dos preceitos fundamentais, pautado na proporcionalidade entre as garantias fundamentais, mas, como *ultima ratio*, devendo esgotar-se todos os meios cabíveis antes de se valer de tais meios. Inclusive, o julgador não faz distinção quanto à relativização, em última instância, *pro reo* ou *pro societate*.

Após extensa exposição, o ministro relator votou pela concessão da ordem de *habeas corpus*, acompanhado por unanimidade.

CONCLUSÃO

Assim, ao abordarmos o histórico das provas no processo penal, notamos que estas estão diretamente conexas à busca pela verdade, para então podermos falar em justiça. Em vista da breve exposição histórica, nota-se que a obtenção das provas era irrestrita e ilimitada, evoluindo das formas mais cruéis até as teorias mais contemporâneas e avançadas quanto à sua aceitação.

Junto com o alvorecer do Estado Democrático de Direito, aliado aos princípios e garantias fundamentais, a persecução penal – até então quase irrestrita – passou a sofrer limitações crescentes em seus métodos e procedimentos, ao ponto de se inadmitirem, por completo, as provas obtidas por meios ilícitos, fossem eles formais ou materiais. Entretanto, diretamente influenciada pelo direito comparado, em especial sob as luzes de casos emblemáticos julgados na Corte Suprema Norte-americana, a doutrina pátria começou a incorporar entendimentos no sentido de que as limitações impostas a nível constitucional não eram, como se pensava até então, absolutas.

A teoria da razoabilidade e ponderação dos preceitos fundamentais em colisão, criada na Alemanha, no pós-segunda guerra, veio trazer aplicabilidades práticas para tais pensamentos. A doutrina nacional, por sua vez, partiu-se em correntes sobre o tema, que alcançou os tribunais e, desde então, vem-se coletando uma série de justificativas diversas, umas aceitando provas ilícitas, provas derivadas de ilícitas, ao mesmo tempo em que outras refutam inteiramente tais provas, em quaisquer situações.

Não seria possível apresentar uma conclusão matemática acerca da problemática enfrentada, vez que, como demonstrado no compilado de julgados, as diferentes teorias ainda possuem aplicação válida, conforme o caso concreto.

Mas ora, se a admissibilidade ou não das provas obtidas por meios ilícitos depende das circunstâncias em que são apresentadas, colhidas e valoradas, do que mais estaríamos falando senão da própria ponderação do julgador? Evidente que, como já exposto, não cabe ao julgador lançar mão do argumento de ponderação sob quaisquer circunstâncias. Uma vez que, como vimos, se a prova puder ser obtida por meio idôneo, moralmente correto e legalmente válido, não existe motivo para se falar em violação de preceitos fundamentais em uma cruzada em busca de uma verdade inatingível. Da mesma forma, a prova, ainda que ilícita, mas sendo o único modo capaz de provar a inocência de um acusado – aqui se valendo de um ilícito para se garantir um preceito fundamental, o direito a provar a inocência – ou, por outro lado, após esgotados todos os meios idôneos, valer-se de provas ilícitas a fim de incriminar um sequestrador, por exemplo, e salvar a vítima, no procedimento. Pondera-se aqui, o direito ao sigilo do criminoso com o direito à segurança da vítima.

Portanto, ainda que não exista resposta em termos matemáticos, assim não se pretende ser, vez que as relações humanas são únicas e dependem, em sua exclusividade, de ponderações únicas, caso a caso. Para tanto, arrisco-me a afirmar que as provas ilícitas, vez ponderadas e sob o máximo de cautela, podem – em alguns casos, diria “devem” – ser utilizadas, a fim de se alcançar o maior ideal de uma sociedade justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acessado em: 10/12/13

BRASIL. Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. *Código De Processo Penal*. Brasília, DF, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, Acessado em: 11/12/13

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 74.678 SP, Relator: Ministro Moreira Alves, Data de Julgamento: 10/06/1997, Primeira Turma.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 75.261 MG, Relator: Ministro Octavio Gallotti, Data de Julgamento: 23/06/1997, Primeira Turma.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 80.949 RJ, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 29/10/2001, Primeira Turma.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 251.445 GO, Relator: Ministro Celso De Mello, Data de Julgamento: 21/06/2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 3.982 RJ, Relator: Ministro Adhemar Maciel, Data de Julgamento: 05/12/1995, T6 - Sexta Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 52.995 AL, Relator: Ministro Og Fernandes, Data de Julgamento: 16/09/2010, T6 - Sexta Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 76.686 PR, Relator: Ministro Nilson Naves, data de Julgamento: 09/09/2008, T6 - Sexta Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 149.250 SP, Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Data De Julgamento: 07/06/2011, T5 - Quinta Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 152.092 RJ. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 08/06/2010, T5 - Quinta Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 155.149 RJ, Relator: Ministro Felix Fischer, data de julgamento: 29/04/2010, Quinta Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 191.378 DF, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 15/09/2011, T6 - Sexta Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 196.458 SP, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, data de julgamento: 06/12/2011, Sexta Turma.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 7ª ed. Curitiba: Positivo, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10ª.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.