

**FACULDADE DO SUL DA BAHIA
CURSO DE DIREITO**

**LARA NEVES
OHARA DA SILVA FERREIRA**

AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

**TEIXEIRA DE FREITAS - BA
2011**

**LARA NEVES
OHARA DA SILVA FERREIRA**

AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade do Sul da Bahia - FASB, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Aurelius Sampaio

TEIXEIRA DE FREITAS - BA

2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Biblioteca Santa Clara da Faculdade do Sul da Bahia, BA, Brasil).

Neves, Lara.

Ferreira, Ohara da Silva.

A prova ilícita do processo penal/ Lara Neves, Ohara da Silva
Ferreira– 2011.

32 fls.

Orientador: Marcus Aurelius Sampaio
Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade do Sul da Bahia,
Colegiado de Direito.

CDD – XXXX

LARA NEVES

OHARA DA SILVA FERREIRA

A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Colegiado de Direito da Faculdade do Sul da Bahia - FASB, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em de junho de 2011.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcus Aurelius Sampaio
Faculdade do Sul da Bahia - FASB
Orientador

Prof. Esp.
Faculdade do sul da Bahia - FASB
Examinador

Prof. Esp
Faculdade do Sul da Bahia - FASB
Examinador

"É pior cometer uma injustiça do que sofrê-la, porque quem a comete transforma-se num injusto e quem a sofre não. "

Sócrates

RESUMO

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS -----	01
1 PROVA ILÍCITA -----	03
1.1 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA-----	03
1.2 CONCEITO DE PROVA ILÍCITA-----	06
1.2.1 Prova ilícita por derivação-----	07
1.2.2 Direito de não produzir prova contra si mesmo-----	09
1.2.3 Proibição das provas de invocação ao sobrenatural-----	10
1.3 PROVA ILÍCITA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA-----	11
2 CORRENTES ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA -----	16
2.1 CORRENTE PROIBITIVA À UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA-----	16
2.2 CORRENTE PERMISSIVA À UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA-----	16
2.3 CORRENTE INTERMEDIÁRIA OU PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE-----	17
3 PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL- CONSEQUÊNCIAS -----	20
3.1 VALIDADE DE SENTENÇA PENAL BASEADA EM PROVA ILÍCITA-----	20
3.2 INFLUÊNCIA DA PROVA ILÍCITA AO CONVENCIMENTO DO JULGADOR- -----	21
CONSIDERAÇÕES FINAIS -----	25
REFERÊNCIAS -----	27

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na medida em que o Estado vedou a tutela de mão própria, chamou para si a responsabilidade pela resolução dos litígios ocorridos em seu seio, no momento em que a Constituição afirma que nenhuma lesão ou ameaça a direito será afastada do controle do poder judiciário, ela, ao mesmo tempo, assegura às pessoas, meios para que possam, de maneira eficaz, trazer suas razões e prová-las perante o juízo competente. Eis aí a importância da prova, pois, é sobre ela que se sustenta a verdade. Vê-se, portanto, a enorme responsabilidade do jurista, ao lidar com os fenômenos do direito probatório.

O tema prova constitui um dos menos aprofundados temas pela ciência do direito e, não obstante, seu estudo é um dos mais interessantes e frutíferos do direito processual, é com certeza o fundamento pelo qual transcorrem as defesas e as acusações, podendo assim fazer com que o magistrado chegue a um livre convencimento para decidir. Nesse diapasão, eventual vedação, limitação ou restrição excessiva quanto às fontes e meios de prova disponibilizados aos litigantes pode caracterizar-se como aplicação inconstitucional de normas processuais penais, por redundarem na chamada inutilidade da ação judiciária. Todavia, na coleta das provas, há que se tomar certos cuidados com vista a não se admitir que ela seja colhida ou produzida a qualquer custo, em detrimento dos direitos e garantias constitucionais fundamentais previstos em nossa Lei Máxima. Dentre essas garantias está aquela da inadmissibilidade, no processo, de prova obtida por meio ilícito, prevista no art. 5º, inciso LVI da CF/88, bem como no art. 157, do CPP, com nova redação dada pela Lei 11.690/2008. Em razão dessa previsão constitucional, bastante simplista, surgiram muitas divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Com isso adveio a Lei n.º 11.690/08, tratando dos pontos relacionados à produção e à apreciação de provas buscando colocar um fim a esse enorme dissenso acerca da questão. Assim, a violação do direito à prova pode implicar de um lado, a inutilidade da ação judiciária, caracterizando, assim, violação oculta à garantia de acesso útil à justiça, e do outro, violação ao princípio da dignidade da

pessoa humana, de forma que não se degrade o sistema de proteção aos direitos fundamentais, repristinando um processo penal inquisitivo e aviltante da dignidade humana.

Cresce na doutrina a denominada teoria da proporcionalidade, que admite a ponderação dos princípios em conflito para estabelecer o vetor jurídico preponderante perante o caso concreto. Em face de aparente contradição, a pesquisa ora realizada, buscou definir a respeito do referido tema, qual a posição dos Tribunais, doutrinadores, bem como quanto a sua utilização, e em que casos seriam cabíveis tais meios.

1 PROVA ILÍCITA

1.1 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA

A palavra prova é originária do latim *probatio*, que deriva do verbo *probare*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar. Para o Estado exercer o *jus puniendi*, é imprescindível que o juiz se convença da existência ou inexistência de um fato típico e de sua autoria. Nesse sentido, a prova destina-se a reconstituir os fatos, produzindo este estado de certeza na consciência e mente do juiz. Sucintamente, esclarece Nucci que *a finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso, e seu objeto, via de regra, são os fatos que as partes pretendem demonstrar*. GRINOVER traz que certeza e verdade nem sempre coincidem:

[...] verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que aparece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros. (2009, p.21)

Segundo Tourinho Filho, a finalidade da prova é:

“É, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. 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 *themaprobandum*”. (2006, p.215)

Para Fernando Capez:

“[...] 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”. (2009, p.243)

Nestor Távora esclarece:

Busca-se o melhor resultado possível, a verdade viável dentro daquilo que foi produzido nos autos. Por isso a importância de processos com qualidade, pois só poderá haver condenação em face da certeza da culpabilidade, e esta não é obtida através de conjecturas ou suposições, e sim por intermédio de um esforço probatório sólido. (2009, p.308)

Capez ensina ainda que: *no Processo Penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos.*

Portanto, a prova não tem apenas o intuito de ratificar, na fase de instrução do processo, a veracidade ou falsidade de uma afirmação, assim como a existência ou inexistência de um fato. Provar é produzir a verdade mesmo que esta seja contrária ao que se demonstra nos autos, pois a finalidade da prova é a finalidade do direito, ou seja, a justiça.

Segundo GRINOVER *indica uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos, com a finalidade de o juiz aplicar a norma de direito material aos fatos realmente ocorridos, para poder pacificar com justiça.*

Mirabete salienta:

“Para que o juiz declare a existência da responsabilidade criminal e imponha sanção penal a uma determinada pessoa é necessário que adquira a certeza de que se foi cometido um ilícito penal e que seja ela a autora. Para isso, deve-se convencer de que são verdadeiros determinados fatos, chegando à verdade quando a idéia da forma em verdade trata a instrução, essa demonstração que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para o seu convencimento é o que constitui a prova.” (2008, p.256)

Um dos Princípios característicos do Processo Penal é o Princípio da Verdade Real, também denominado Princípio da livre investigação das provas, onde o juiz não fica adstrito às provas trazidas, aos autos, pelas partes, devendo e

podendo buscar a verdade dos fatos. A prova tem relevância essencial, podendo, deste modo, alterar sua estrutura moderna.

Na questão da prova, duas tendências são observadas: a primeira deixa nas mãos das partes, exclusivamente, o ônus de provar os fatos e a segunda entende que o juiz deve ter iniciativa probatória objetivando o alcance da verdade. O objetivo principal da produção de provas está na busca da verdade real, para que o convencimento do juiz, sujeito a quem se quer persuadir, aproxime-se, ou melhor, coincida com a realidade expressa na certeza de uma decisão justa.

A valoração da prova está ligada a uma questão de adequação aos fatos e à lei, implicando na busca de uma certeza para decidir e com a apreciação dos elementos probatórios se busca sempre da verdade dos fatos. Ensina Tourinho Filho que:

Vigorando no Processo Penal o Princípio da Verdade Real, é lógico não deva haver qualquer limitação à prova, sob pena de ser desvirtuado aquele interesse do Estado na justa atuação da lei. A atitude do juiz no cível doutrina *Dellepiane*, é, em certo modo, passiva, e a prova reverte, então, o caráter de uma confrontação. No juízo criminal é diferente. Não se achando em presença de verdades feitas, de um acontecimento que se lhe apresente reconstruído pelas partes, está obrigada a procurar, por si mesmo, essas verdades. (2009, p. 245)

De acordo com o Princípio da Verdade Real seria impossível qualquer espécie de limitação à prova, porque isto frustraria o interesse estatal na justa aplicação da lei.

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

1.2 Conceito de prova ilícita

A lei nº 11.690/2008 alterou o art. 157 do CPP, dando nova redação ao conceito de prova ilícita, *in verbis*: *São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais.*

Segundo a doutrina, a prova é vedada, em sentido absoluto, quando o direito impede, sempre, sua produção, e em sentido relativo, quando o direito, condiciona sua licitude a normas de caráter processual.

Em resumo, prova ilícita, é aquela colhida com infringência às normas ou princípios de natureza processual ou material, colocados pela Constituição e pela lei.

O ilícito envolve o *ilegalmente colhido* (prova de conteúdo lícito, mas obtida com desrespeito às formalidades legais existentes) e o *ilegitimamente produzido* (prova ilícita em si, forjada, demonstra uma falsa verdade, ou, prova de conteúdo lícito, produzida com violação de princípios legais de direito material). Ada Pellegrini Grinover demonstra esta distinção:

“a proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Tem, ao contrário, natureza substancial quando, embora servindo, de forma imediata, também a interesses processuais, é vista, de maneira fundamental, em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo.” (2009, p.132)

É o que ocorre com as interceptações telefônicas, conforme nos afirma Ronaldo Tanus Madeira: *a autorização judicial para violação do sigilo das comunicações telefônicas está submetida a certos pressupostos (p. 41).*

A legalidade reflete fundamentalmente o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva, e que a legitimidade incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos. Aquela está relacionada à forma, enquanto esta está relacionada ao conteúdo da norma. A legalidade, como acatamento a uma ordem

normativa oficial, não possui uma qualidade de justa ou injusta.

1.2.1 Prova ilícita por derivação

Temos ainda a denominada *prova ilícita por derivação*, decorrente da doutrina dos "frutos da árvore envenenada", segundo a qual, toda prova surgida a partir de informações conseguidas por meio de provas ilícitas também é ilícita. Capez define as provas ilícitas por derivação como sendo: *aquelas lícitas em si mesmas, mas produzidas a partir de um fato ilícito.* (p 252)

É, portanto, a prova ilícita por derivação, lícita em si mesma, porém, oriunda de alguma informação obtida ilicitamente, sendo que sua obtenção caracteriza infração penal e fere a princípio da Constituição Federal. É a hipótese da confissão mediante tortura e tratamento desumano ou degradante (5º, III) e do respeito à integridade física e moral do preso (5º, XLIX), dentre outros.

A jurisprudência norte-americana, pioneiramente, por meio do *Justice Oliver W. Holmes*, formulou a denominada *FruitsofPoisonousTreeDoctrine*, conhecida nacionalmente como a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. A partir da decisão proferida no caso "SilverthoneLumber. v. United States" em 1920, as cortes americanas passaram a não aceitar provas obtidas por meio de práticas ilícitas, com o objetivo de desencorajar as autoridades públicas, ou quem quer que fosse, que pretendessem utilizar métodos ilegais para a obtenção de prova processual. Por ela, entendeu-se que o vício da prova ilícita se transmitiria a todas as provas dela decorrentes, ou seja, o vício da planta se transmitiria a todos os seus frutos (daí o nome dado à teoria).

No entanto, conforme afirmado por Fernando Capez, *essa tendência vem se invertendo, e a Suprema Corte passa a admitir, em algumas hipóteses extremas, até mesmo prova resultante de confissão extorquida.*

Contudo, não se constitui excesso de zelo trazer a lume os perigos de uma interpretação como essa, que fizeram surgir três posições doutrinárias:

1. *Doutrina da atenuação (AttenuationDoctrine)*, segundo a qual a ilegalidade da prova principal transmite-se à derivada, sendo essa a essência da "teoria dos frutos da árvore envenenada"; porém, a ilegalidade da prova derivada já está atenuada em relação à anterior, em grau tal que possa não justificar a exclusão da prova.

2. *Doutrina da fonte independente (IndependentSourceDoctrine)*, pela qual, se for

demonstrado que a prova derivada e, portanto, tida por ilícita, foi obtida de uma fonte independente daquela declaradamente ilegal, não será excluída.

3. Doutrina da descoberta inevitável ou doutrina da fonte independente hipotética (Inevitable Discovery Doctrine ou Hypothetical Independent Source Doctrine), sendo a mais recente orientação adotada pela Suprema Corte Norte-americana. Por ela, se for demonstrado que a prova ilegal seria, mais cedo ou mais tarde, legalmente descoberta e colhida, não se a exclui. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já decidiu por acolher a aplicabilidade da doutrina do *fruits of the poison oustree*, optando pela prevalência da incomunicabilidade da ilicitude da prova.

“(...) o STF tem entendido que, na falta de regulamentação específica, vigora no ordenamento jurídico pátrio a doutrina dos frutos da árvore envenenada, que implica a nulidade das provas derivadas da prova obtida ilicitamente, inclusive com o entendimento de que a prova considerada ilícita deve ser desentranhada dos autos. No entanto, não se tem decretado a nulidade do processo em que há provas ilícitas, se há nos autos outras provas que levaram à condenação”. (MIRABETE. 2008, p. 263)

Atualmente, vem sendo admitida, na jurisprudência pátria, a aplicação da teoria da proporcionalidade para o fim de desconsiderar o caráter absoluto da proibição da prova derivada da ilícita frente a outros direitos e garantias fundamentais, sendo que o entendimento da Suprema Corte mostra-se inadequado por ser extremamente limitativo, não abrangendo a possibilidade de pessoas ligadas a organizações criminosas, até mesmo policiais, produzirem intencionalmente uma prova ilícita para, com isso, obstar o sucesso da investigação, pois tudo o que viesse a ser obtido nessa averiguação seria considerado ilícito em virtude da contaminação ocasionada pela prova ilicitamente forjada.

"seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não. Não seria possível invocar a justificativa do estado de necessidade?" (CAPEZ p.307)

O tema dos frutos da árvore envenenada muito tem preocupado doutrinadores e aplicadores do direito no Brasil, sendo a tese intermediária a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente, devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais.

Eugênio Pacelli de Oliveira aborda a “teoria do encontro fortuito ou

casual de provas” como uma das hipóteses de ilicitude da prova, aplicável no caso de “*a prova de um crime ter sido obtida a partir da busca regularmente autorizada para a investigação de outro crime*”. Segundo o autor, a teoria visa assegurar a inviolabilidade dos direitos fundamentais em face do abuso de autoridade, funcionando no controle ou pedagogia da atividade policial persecutória.

Aplicando-se a teoria do encontro fortuito, se forem encontradas provas, nessas circunstâncias, haverão de ser tidas por ilícitas porquanto houve excesso aos limites do mandado judicial e, para aquele fim específico, a diligência não estaria autorizada e a entrada em domicílio alheio violou a privacidade de seu morador.

Luiz Flávio Gomes citado por Antônio Scarance Fernandes, admite o encontro fortuito de provas referentes a crime diverso quando este é conexo com o crime investigado e de responsabilidade do mesmo sujeito passivo. Do contrário, a prova seria nula, porém, poderia valer como fonte de prova e, a partir dela, desenvolver-se-ia nova investigação.

Valeria, portanto, como uma *notitia criminis*, a ser investigada de forma independente das provas conhecidas por meio do encontro fortuito.

Assim, embora considerada uma das vertentes do tema central da prova ilícita, inevitável que quaisquer dos elementos de informação obtidos, ainda que ilicitamente, poderiam servir como início de investigação com o objetivo de produção de instrução criminal válida e eficaz, haja vista que a *notitia criminis* poderá ocorrer mesmo informalmente, sobre ela não havendo controle rígido por parte do Estado.

No entanto, trata-se de matéria em construção, não pacificada, com a qual devem se ocupar os aplicadores do direito processual penal, principalmente, em face da facilidade da ocorrência de abusos em cumprimentos de mandados judiciais para fins de investigação criminal.

1.2.2 direito de não produzir prova contra si mesmo

O princípio *nemotenetur se detegere* é encontrada na doutrina processual penal, que defende que nenhum cidadão é obrigado a produzir prova contra si mesmo. As expressões como “*não se auto incriminar*”, “*não se confessar culpado*”, “*direito de permanecer calado*” estão abrangidas pela noção do princípio *nemotenetur se detegere*. Alguns doutrinadores defendem que o direito de não

produzir prova contra si mesmo também abrange o âmbito não processual, ou seja, ele pode ser exercido no decorrer de uma investigação criminal ou em qualquer outra esfera não penal.

O princípio *nemoteneutr se detegere* é mais uma das garantias constitucionais da não admissibilidade da prova ilícita, pois qualquer prova produzida nesta circunstâncias caracteriza violação de norma legal.

No ordenamento Jurídico brasileiro pode-se ver reflexo desse princípio no seu artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal: *LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.*

Todo indivíduo que for acusado terá o direito de permanecer em silêncio sem prejuízo para o acusado. O acusado não pode ser preso nem ser prejudicado e muito menos ser induzido ou obrigado a se confessar, tendo toda liberdade de se calar e de se resguardar durante o interrogatório, lembrando que para achar a verdade real dos fatos não se pode usar qualquer meio de prova deve-se primeiro respeitar o direito e as garantias do acusado.

1.2.3 Proibição de provas de invocação ao sobrenatural

. De acordo com Weimar Muniz de Oliveira, Presidente da Federação Espírita de Goiás, a psicografia pode ser definida como *"um dom mediúnico pelo qual o médium recebe, por via intuitiva ou mecânica, a mensagem de autoria espiritual"*. Na definição do Dicionário Aurélio, *"psicografia é a escrita dos espíritos pela mão do médium"*.

"as cartas psicografadas são tratadas como uma prova ilícita, sendo que estas cartas estão desconexas com os outros artigos do Código de Processo Penal e a admissão destas psicografias como prova documental é inaceitável, uma vez que a justiça não se baseia no incerto, mas sim em fatos concretos..." (Weimar. 2004, p. 278).

O Código Civil de 2002, no seu art. 6º (antigo art. 10 da Lei nº 3.071/16), estabelece que "a existência da pessoa natural termina com a morte". No instante em que expira, cessa sua aptidão para ser titular de direitos e seus bens se transmitem, incontinenti, aos herdeiros. Logo, não cogita da continuidade do indivíduo após a morte e, ademais, praticando atos que geram consequências

jurídicas.

O mesmo se pode dizer com relação à legislação penal. O Código Penal protege a vida humana desde a concepção, proibindo o aborto (arts. 124-128), o homicídio (art. 121), o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122) e o infanticídio (art. 123). Após a morte do indivíduo, assegura a liberdade de culto, sancionando todo e qualquer ultraje aos objetos destinados à sua realização, e o respeito aos mortos (arts. 138, § 2º, 208-212). Não cogita, por sua vez, as consequências jurídicas de atos praticados por "espíritos".

A Constituição Federal reconheceu expressamente o caráter laico do modelo estatal, sendo que não se pode aceitar como meio de prova fruto de determinada doutrina religiosa, em detrimento de toda uma diversidade de concepções religiosas ou não.

A inadmissibilidade das provas ilícitas, deriva da posição preferente dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, tornando impossível a violação de uma liberdade pública para obtenção de qualquer prova.

1.3 A PROVA ILÍCITA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

À medida que a sociedade desenvolvia-se, o Estado se fortalecia, surgindo mecanismos de estruturação e administração social. Dentro das relações de conflito, surgiu a arbitragem obrigatória, havendo, a partir de então, a predominância da justiça pública sobre a privada, sendo a religião deixada fora do processo de solução dos conflitos.

Assim, necessária passou a ser a demonstração dos argumentos trazidos para que a parte fosse vitoriosa em sua pretensão, abrindo-se, dessa forma, o campo para a produção de provas dos acontecimentos e fatos. Na atualidade, há mecanismos muito mais céleres para a busca do que se convencionou chamar de verdade real, sendo que tal busca evoluiu consideravelmente em termos de logicidade e cientificidade na formação da prova.

Antes da promulgação da Carta Magna de 1988, o entendimento da doutrina dividia-se em duas correntes a respeito da admissão ou não das provas

obtidas ilicitamente. A corrente predominante era a da teoria da admissibilidade das provas ilícitas. A corrente que defendia a admissibilidade das provas ilícitas tinha como argumento que a prova deveria ser feita em busca da verdade real no processo penal.

Na visão pré-constituente de 1988, o meio de obtenção da prova era irrelevante, o juiz devia aproveitar o conteúdo da prova, verificando se havia ou não algum ilícito penal.

A jurisprudência baseava-se na corrente doutrinária que se familiarizava com a teoria do *male captum, bene retentum*, ou seja, mal colhida, mas bem produzida. No que tange a prova ilícita, ficaria assim reconhecido o vício material, punindo-se o autor da produção, mas a prova permaneceria válida no processo. Nesse passo, há decisão no Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Cordeiro Guerra, admitindo a apreciação de confissão extrajudicial obtida mediante sevícias e coações, como se fosse prova lícita hábil a condenar o autor do crime.

De se destacar que, o argumento motivador da referida decisão seria que os direitos humanos não devem estar a serviço da impunidade do crime, ainda que as provas sejam obtidas através de excessos no cumprimento do dever de investigação da autoridade.

Em outra decisão do Supremo Tribunal Federal, prolatada em 1951 ratificou-se o mesmo posicionamento. O Ministro Raphael de Barros Monteiro, em seu acórdão, sustentou que os Tribunais deveriam decidir a causa sem se preocuparem com a obtenção das provas que lhes eram apresentadas, se por bem ou por mal.

A corrente que defendia a inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal asseverava que o direito era uno e, se a prova era ilícita, não podia ser reconhecida no processo. Outro argumento, defendendo também a inadmissibilidade da prova ilícita, sustentava-se no fato de que o estado deve se ater ao princípio da dignidade e da moralidade, não podendo se utilizar de meios ilícitos, nem sequer para combater o crime.

Somente com o advento da Constituição Republicana de 1988 é que se consagrou expressamente em um texto constitucional a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, conforme se denota do art. 5.º, LVI, acabando por solucionar algumas opiniões divergentes a cerca do assunto. A Constituição

Republicana é taxativa acerca da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, mas silenciou no que tange ao conceito de provas ilícitas. Absteve de falar sobre o que seria a prova ilícita por derivação e qual o fim que se daria ao material obtido ilicitamente.

Ao intérprete ficou o encargo de descobrir a amplitude do conceito de prova ilícita, pelo fato da Carta Magna tratar do tema de forma simplista.

A doutrina começou então a fazer a distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas. Numa demonstração de como a evolução da jurisprudência pode influir na política legislativa, o legislador passou a regular, em seguida, situações especiais relacionadas com a prova ilícita. Em março de 2001, foi apresentado à Câmara de Deputados, o Projeto de Lei n.º 4205. Com o escopo de regulamentar a matéria e dar maior celeridade, segurança processual.

O Projeto de Lei n.º 4205/01 foi sancionado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e publicada no Diário Oficial a Lei n.º 11.690 de 10 de junho de 2008. A lei alterou principalmente os artigos constantes do Título VII do livro I do Código de Processo Penal.

Positivaram-se algumas normas sobre o tema das provas ilícitas, que até então, apenas a Constituição da República em seu art. 5º, LVI e o próprio Código de Processo Penal no art. 233, tratavam como hipótese legal de vedação da prova ilícita.

O art. 157 do Código de Processo Penal foi totalmente reformulado, passando a ser composto de quatro parágrafos. Vale mencionar que o texto do antigo art. 157 foi levado para o novo art. 155, *caput*, do referido Código. No *caput* da nova redação do art. 157, estabeleceu-se a inadmissibilidade das provas ilícitas e a consequência da declaração de ilicitude, a saber, o desentranhamento de tais peças dos autos do processo art. 157 *in verbis*: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais”.

De qualquer sorte, não é demais repisar que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas já tinha sede constitucional.

A vedação da prova ilícita no processo penal atua no controle da atividade estatal persecutória e impossibilita práticas probatórias ilegais por parte de quem é o responsável por sua produção. No art.157, §1º, primeira parte, do Código de Processo Penal tratou-se das chamadas provas ilícitas por derivação - frutos da

árvore envenenada - e que passam a ser, agora por determinação legislativa, também ilícita.

Na parte final do indigitado dispositivo evidenciou-se as exceções de admissibilidade quando as provas forem as provas ilícitas por derivação.

Já no art. 157, §2º, do mesmo Codex, o legislador definiu o que seja “*fonte independente*”, a saber: é “*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*”.

O art. 157, §3º, por sua vez, trata do incidente de inutilização da prova declarada inadmissível, por decisão judicial. Veja-se o que estabelece o referido dispositivo: “*Preclusa a decisão do desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultando às partes acompanhar o incidente*”. O §4º do art. 157 foi vetado pelo Presidente da República e o seu conteúdo era o seguinte: “*o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão*”.

Em suma, as razões do veto foram as seguintes: imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por outro que nem sequer conhece o caso.

Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.

Assim, o veto foi realizado com fundamento no princípio da razoável duração do processo esculpido no artigo 5.º LXXVII, da Constituição Republicana. O bem da verdade, a contaminação ou não do juízo de convencimento do julgador que conheceu da prova ilícita antes de julgar demandaria muito subjetivismo, diante das peculiaridades do caso concreto. Mesmo assim, é de ressaltar que magistrado tem por dever a imparcialidade no julgamento.

Essas foram as observações sobre o novo tratamento da prova penal trazido pela Lei n.º 11.690/2008.

2 CORRENTES SOBRE A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

2.1 CORRENTE PROIBITIVA À UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA

Um dos capítulos do Processo do Trabalho que tem sido apontado como grande entrave ao acesso real e efetivo à Justiça do Trabalho é o da execução trabalhista. A teoria obstativa pode ser entendida como aquela que considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, em qualquer caso, pouco importando a relevância do direito em debate. Isso significa que a aludida teoria se apóia no fato de que a prova ilícita deve ser sempre rejeitada, reputando-se assim não apenas a afronta ao direito positivo, mas também aos princípios gerais do direito, especialmente nas Constituições assecuratórias de um critério extenso quanto ao reconhecimento de direitos e garantias individuais.

Os defensores da teoria obstativa sustentam, De acordo com esta teoria, o direito não deve proteger alguém que tenha infringido preceito legal para obter qualquer prova, com prejuízo alheio. Nestes casos, o órgão judicial tem o dever de ordenar o desentranhamento dos autos da prova ilicitamente obtida, não lhe reconhecendo eficácia.

2.2 CORRENTE PERMISSIVA À UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA

Esse seguimento doutrinário admite uma exceção, no que se refere às provas consideradas ilegítimas, pois ao violarem norma adjetiva e serem passíveis de penalidade de caráter processual, no caso de ocorrer violação a uma norma de caráter objetivo, a admissão da prova acarretaria numa penalidade específica ao seu infrator, não implicando na retirada da prova do processo. Em todos os casos, deve

prevalecer o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, sendo que a ilicitude na obtenção da prova não deve ter o condão de retirá-la o valor que possui como elemento útil para formar o convencimento do Julgador.

Em conseqüência, para a teoria permissiva a prova sempre se demonstra válida, mesmo que obtida por meios ilícitos, desde que tais meios não sejam ilegítimos e seu conteúdo seja verdadeiro, defendendo apenas que o autor do ilícito seja punido pela prática do ato.

Argumentam os defensores dessa tese que a prova obtida por meios ilícitos, não poderá ser alijada do feito, a não ser no caso de a própria lei assim o ordenar. Assim, a prova para ser afastada há de ser ao mesmo tempo ilícita e ilegítima. Advoga essa corrente que o problema da admissibilidade ou inadmissibilidade da prova não se refere ao modo de como foi obtida. Se ela no processo for consentida pela lei, *in abstracto*, sendo totalmente sem relevância o emprego dos meios para a sua obtenção.

2.3 CORRENTE INTERMEDIÁRIA, OU PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, assim definido no ordenamento norte-americano; ou da proibição de excesso como designado pelos juristas alemães é defendido por inúmeros doutrinadores e busca equacionar colisões existentes entre direitos e garantias constitucionais.

Portanto, o princípio da Proporcionalidade está relacionado à harmonia que deve existir entre os princípios constitucionais, as normas e a sua aplicabilidade no caso concreto e deve ser utilizado pelo operador do direito na ponderação dos valores que deverão prevalecer em cada questão, inclusive quando da necessidade de se considerar a prova ilícita ou produzida por meios ilícitos.

Cumprе destacar, outrossim, que por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade é que se admite a utilização de prova ilícita em favor da defesa. Por conseguinte, na situação que o réu obtém a prova de modo ilícito, onde se verifica o confronto do princípio da proibição da prova ilícita com o princípio da ampla defesa do réu, este deve prevalecer. Assim, entre a condenação de um inocente e o uso da prova ilicitamente obtida, mas de conteúdo verdadeiro, que pode

levar à absolvição do réu, não restam dúvidas de que o bem maior é a liberdade individual.

Em síntese, apesar de não explícito no texto da Carta Política de 1988, o Princípio da Proporcionalidade integra o sistema adotado pela Carta Magna de modo implícito. Em conseqüência, amparadas nesse princípio, a doutrina e a jurisprudência procuram minimizar o caráter absoluto do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, admitindo, em alguns casos excepcionais, a utilização da prova ilícita no processo. Advogam os defensores dessa corrente que 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 amainada para acolher a prova contaminada, excepcionalmente e em casos extremamente 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.

“Não se pode concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas (...) (pois) a repulsa a tal prova, como regra genérica, em nada beneficia o ordenamento jurídico, já violado pelo ato ilegal daquele que a obteve (...) e, com rejeição de uma prova obtida irregularmente, poderá o julgador ficar sem elementos suficientes para proferir uma decisão justa”. (NUCCI. 2009, p. 89)

Sob a ótica de Eugênio Pacelli de Oliveira, *as lesões, presentes e futuras, causadas pela infração criminal são, a senso comum, imensamente maiores que aquela decorrente da violação do domicílio.*

Pacelli de OLIVEIRA ainda cita um julgamento não muito distante, envolvendo a extradição de uma artista mexicana, e diante da alegação, feita por esta, de que teria sido vítima de estupro no interior das dependências da Polícia Federal, o Supremo Tribunal Federal deferiu, na Rcl nº 2.040/DFxiv, a produção de exame de DNA na placenta da gestante, recolhida sem a autorização desta, com fundamento em uma necessária ponderação, entre valores constitucionais contrapostos, admitindo, então, a aplicação da proporcionalidade na produção da prova.

Ad argumentandum, em julgamento mais distante, o Pretório Excelso já admitiu a violação da correspondência dos presidiários pela administração penitenciária, sob o fundamento que o direito ao sigilo não pode ser invocado para a

prática de infrações por parte daquele que está preso; isso no bojo do HC nº 70.814/SP. Procedeu-se, portanto, a uma ponderação de interesses, utilizando-se de prova obtida ilicitamente em desfavor do preso, isto é, *pro societate*.

Demais disso, no julgamento do RE nº 251.445/GO - há quase uma década - a violação covarde dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes não mereceu a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a perspectiva da vedação da proteção deficiente. O mais interessante, porém, é que o Direito norte-americano, exatamente a fonte de nossa vedação das provas ilícitas, segundo OLIVEIRA, aceita, sem maiores problemas, a prova obtida ilicitamente por particulares. O fundamento é que a norma da vedação da prova ilícita dirige-se ao Estado, produtor da prova, e não ao particular.

Algumas doutrinas ainda aceitam a admissibilidade da prova ilícita, invocando o princípio da proporcionalidade, quando a prova for favorável ao acusado, ou seja, *pro reo*, vem, sistematicamente, sendo acolhida com calma não apenas junto aos doutrinadores como também à jurisprudência, em obediência ao direito de defesa e ao princípio do *favor rei*. Como se vê, essa posição suaviza, indubitavelmente, o rigorismo da não aceitação incondicional das provas ilícitas. Nessas hipóteses o sujeito encontrar-se-ia em circunstância de verdadeiro estado de necessidade, que é umas das causas de exclusão da antijuridicidade, vendo-se compelido ao uso de prova ilícita em defesa da sua liberdade.

Essa teoria é duramente criticada por alguns doutrinadores. Argumentam eles que essa solução, quando adotada, acarreta a possibilidade de dar margem em demasia a influência de fatores meramente subjetivos pelo julgador.

3 PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL – CONSEQUÊNCIAS

3.1 VALIDADE DE SENTENÇA PENAL BASEADA EM PROVA ILÍCITA.

Constitucionalmente, uma vez no bojo do feito a prova obtida por meio ilícitos deverá ser de lá desentranhada, visto que, sendo inadmissível a sua produção, como já salientado anteriormente, não pode ser considerada como prova, juridicamente falando. Entretanto, a prova é a base de uma decisão judicial para todos os efeitos, sendo que o problema da admissibilidade ou inadmissibilidade da prova não se refere ao descumprimento de regras e normas, mas sim o que ela demonstra sobre o fato.

Em consequência, a prova deve se mostra válida, quando obtida por meios ilícitos, desde que tais meios não sejam ilegítimos e seu conteúdo seja verdadeiro, defendendo apenas que o autor do ilícito seja punido pela prática do ato. A prova obtida por meios ilícitos, não poderá ser alijada do feito, a não ser no caso de a própria lei assim o ordenar. Assim, a prova para ser afastada há de ser ao mesmo tempo ilegítima e ilícita.

FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, dentre os nacionais, é filiado a essa corrente argumenta que:

O fim precípua do processo é a descoberta da verdade real, aceitável é que, se a prova ilicitamente obtida mostrar essa verdade, seja ela admissível, sem olvidar-se o Estado da persecução criminal contra o agente que infringiu as disposições legais e os direitos do réu. (2004, p.37)

3.2 INFLUÊNCIA DA PROVA ILÍCITA AO CONVENCIMENTO DO JULGADOR

Um aspecto interessante é que o destinatário das provas é o juiz, pois é ele que valora todo o processo e aplica o direito. Nessa linha de raciocínio, se é o juiz quem determina a exclusão das provas por serem ilegais, antes as provas foram analisadas, e somente a partir desta análise é que se pode definir como prova ilícita. Se o objetivo da prova é formar o convencimento do juiz sobre determinado fato, e este teve que analisá-las para descartar do processo, provavelmente a análise levou ao juiz não apenas a resposta sobre a prova, mas sim sobre seu caráter probatório, sobre a elucidação dos fatos contidos dentro da prova. Podemos concluir que embora a utilização da prova seja descartada pelo poder judiciário, o fato da prévia análise pode levar ao juiz o convencimento sobre o litígio. O juiz é um ser humano e não pode se despir de sua personalidade, não deixa de lado quem para entrar no gabinete de trabalho.

Assim sendo o juiz uma pessoa normal, com toda sua formação, ética, moral, técnica, com convicções pessoais, embora tenha a função que exige a imparcialidade, o discernimento entre o legal e o ilegal, pode deixar-se influenciar seu livre convencimento, embora na sentença este deva ser motivado. Temos o seguinte dilema, se o juiz tiver sensibilidade excessiva, pode prejudicar a justiça, pois nem sempre a parte mais necessitada ou superveniente, tem razão, por outro lado se não tiver nenhuma sensibilidade também pode denegrir a justiça. Caso o juiz não tiver a sensibilidade de destacar aquilo que é ético, moralmente correto, daquilo que é legal, estaríamos vivendo como reféns de leis que não servem mais a nossa época, ou alguns erros de valoração.

Por exemplo, a expressão “mulher honesta” que perdurou até recentemente no Código Penal. Ao contrário, se as leis não fossem cumpridas pela sociedade estaríamos vivendo em uma época de insegurança jurídica, pois voltaríamos à *“justiça com as próprias mãos”*, estaríamos contaminados com a desordem, não haveria respeito com a sociedade.

Não é crível de se pensar que um mesmo juiz, após julgar e ter sua sentença anulada pela ilicitude da prova (que ele admitiu e, muitas vezes até valorou), possa julgar novamente o mesmo caso com imparcialidade e

independência. É ingenuidade tratar cartesianamente essa questão, como se a contaminação só atingisse a prova: o maior afetado por ela é o julgador, ainda que inconscientemente. (PEDROSO.2007, p. 365)

Imagine-se uma escuta telefônica que posteriormente vem a ser considerada ilícita por falha de algum requisito formal e a sentença anulada em grau recursal. Basta remeter novamente ao mesmo juiz, avisando-lhe de que a prova deve ser desentranhada? Elementar que não, pois ele, ao ter contato com a prova, está contaminado e não pode julgar. (PEDROSO, 2007, p. 368)

A discussão em torno da contaminação desconsidera (como bem pondera Aury Lopes Júnior) a questão nuclear do problema que é a cabeça do julgador:

A desconsideração de que se opera uma grave contaminação psicológica (consciente ou inconsciente) do julgador, faz com que a discussão seja ainda mais reducionista. Esse conjunto de fatores psicológicos que afetam o ato de julgar deveriam merecer atenção muito maior por parte dos juristas, especialmente dos tribunais, cuja postura até agora se tem pautado por uma visão positivista, cartesiana até, na medida em que separa emoção e razão, conforme já explicamos em outra oportunidade, o que se revela absolutamente equivocado no atual nível de evolução do processo. Não se pode mais desconsiderar que a sentença é um ato de “sentimento”, de eleição de significados. Reitere-se: sentenciar deriva de sententiando, gerúndio do verbo sentire. O juiz é alguém que julga com a emoção e a sentença é o reflexo desse complexo “sentire”. (2008, p. 287)

O parágrafo 4º do artigo 157 do CPP (Código de Processo Penal), que foi vetado pelo presidente da República, dizia que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

O dispositivo legal cuidava da contaminação do juiz que toma conhecimento da prova ilícita inadmissível. Acertadamente ele reconhecia que não bastava a mera exclusão física (dos autos) das provas ilicitamente obtidas. Isso é necessário, mas insuficiente. O juiz contaminado também deve ser afastado do processo (ou, pelo menos, da sentença). O referido parágrafo 4º, entretanto, numa demonstração inequívoca de que o direito penal do inimigo, expulso por uma janela volta por outra, foi vetado pelo presidente da República (com base em pareceres do Ministério da Justiça e da Advocacia-Geral da União).

As precaríssimas razões do veto são as seguintes: O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em

condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada. (GOMES, 2010)

Como se vê, o dispositivo foi vetado por razões de eficácia do processo (celeridade, simplicidade, troca do juiz, etc). Mas jamais a lei processual penal cumpre bem o seu papel quando deixa de conciliar a eficácia com as garantias do acusado. A eficácia cede quando se depara com uma garantia absolutamente imprescindível, como é a da imparcialidade do juiz.

Trata-se de uma medida radical, é verdade, mas parece ter sido conscientemente adotada pelo legislador pátrio para coibir as irregularidades mais graves eventualmente perpetradas pelos agentes públicos na persecução penal.

Com o veto ao § 4º do art. 157 do CPP, a jurisprudência de nossos Tribunais conseqüentemente, deixa implícita a admissibilidade da prova ilícita, pois não há nenhuma garantia de que a convicção foi formada (exclusivamente) a partir do material probatório válido, visto que, o desentranhamento da prova ilícita dos autos, em nada adiantará no que se refere ao convencimento do julgador.

CONCLUSÃO

No processo penal, ao acontecer um ato ilícito, surge diretamente a necessidade do interesse de agir, onde de um lado encontra-se o Estado, com o direito de punir, fazendo valer a vontade do seu público através do chamado contrato social, em defesa dos direitos e garantias da sociedade, tutelando o bem jurídico maior do ser humano que é a vida, e do lado oposto, o direito de liberdade do indivíduo de praticar atos. A prova destina-se a reconstituir os fatos, produzindo este estado de certeza na consciência e mente do juiz. Sucintamente, *a finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso, e seu objeto, via de regra, são os fatos que as partes pretendem demonstrar.* A prova não tem apenas o intuito de ratificar, na fase de instrução do processo, a veracidade ou falsidade de uma afirmação, assim como a existência ou inexistência de um fato. Provar é produzir a verdade mesmo que esta seja contrária ao que se demonstra nos autos, pois a finalidade da prova é a finalidade do direito, ou seja, a justiça. O objetivo principal da produção de provas está na busca da verdade real, para que o convencimento do juiz, sujeito a quem se quer persuadir, aproxime-se, ou melhor, coincida com a realidade expressa na certeza de uma decisão justa.

Prova ilícita é aquela colhida com infringência às normas ou princípios de natureza processual ou material, colocados pela Constituição e pela lei. O ilícito envolve o *ilegalmente colhido* e o *ilegitimamente produzido*. A legalidade está relacionada à forma, enquanto a legitimidade está relacionada ao conteúdo da norma. A legalidade, como acatamento a uma ordem normativa oficial, não possui uma qualidade de justa ou injusta. Acerca do tema a doutrina se posiciona de diversas maneiras, uns pela admissibilidade, outros pela inadmissibilidade, e tem aqueles que se mantêm de forma intermediária.

A prova é a base de uma decisão judicial para todos os efeitos, sendo que o problema da admissibilidade ou inadmissibilidade da prova não se refere ao descumprimento de regras e normas, mas sim o que ela demonstra sobre o fato. Em consequência, a prova deve se mostrar válida, quando obtida por meios ilícitos, desde que tais meios não sejam ilegítimos e seu conteúdo seja verdadeiro,

defendendo apenas que o autor do ilícito seja punido pela prática do ato. Portanto, a prova obtida por meios ilícitos, não poderá ser alijada do feito, a não ser no caso de a própria lei assim o ordenar. Assim, a prova para ser afastada há de ser ao mesmo tempo ilegítima e ilícita.

Em resumo a aceitação da prova ilícita não revela uma visão privatística dos direitos e princípios fundamentais do homem. Pois, apesar de que nas democracias é inquestionável que criminosos também são sujeitos de Direito, mas no devido processo penal, a busca da verdade real se transmuda num valor mais precioso do que a própria proteção da liberdade individual do acusado.

Portanto, a prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção do princípio da proporcionalidade - que deve ser *pro societate*, com a ressalva, obviamente, da prática de tortura, que, por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às próprias Constituições, jamais pode ser admitida, seja para que fim for.

Face a isso, tomando-se como parâmetro que o Direito deve ser infinitamente variado, é possível prestigiar aquele Direito fundamental que, em determinado caso concreto merece maior respaldo em virtude da busca da verdade real ou em face da aplicação do princípio da proporcionalidade, apto a autorizar o sopesamento e conseqüente flexibilização de alguns direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

A PSICOGRAFIA COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista>. Acesso em 23/04/2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOCTRINA: LEI 11.690/2008 E PROVAS ILÍCITAS: conceito e inadmissibilidade. Disponível em <http://www.uj.com.br>, em 01.02.2011.

FACULDADE DO SUL DA BAHIA. **Normalização e apresentação de trabalhos acadêmicos e científicos**: guia para alunos, professores e pesquisadores da FASB / Faculdade do Sul da Bahia e Instituto Superior de Educação do Sul da Bahia. Teixeira de Freitas: FASB, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Comentários as Reformas do Código de Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

JUS BRASIL. **Prova judicial, conceito, origem, objeto e finalidade**. disponível em: www.ambito-juridico.com.br/ Acesso em 17.05.2011.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade, **Metodologia do trabalho científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MADEIRA, Ronaldo Tanus. **Processo Penal e Prova**. 6ª ed. Saraiva, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis. **A Prova por Índícios no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NERY JR, Nelson. **Proibição da prova ilícita**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro:

Lumen Juris, 2010.

PROVA ILÍCITA, JUIZ CONTAMINADO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO. Disponível em <http://www.ifg.com.br>, em 17.04.2011.

PRINCÍPIO DO *NEMO TENETURSE DETEGERE*, o direito de não produzir prova contra si. Disponível em <http://www.webartigos>. Acesso em 04/03/2011

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, Ivan Luís Marques. **Reforma Processual Penal de 2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TÁVORA, Nestor. ANTONNI, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª ed. Salvador: JUS PODVUM, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.