



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO  
ARTIGO CIENTÍFICO

**GARANTIAS FUNDAMENTAIS E OS MEIOS DE PROVA NO DIREITO  
PROCESSUAL PENAL:  
APLICABILIDADE, EFETIVIDADE E PONDERAÇÃO**

ORIENTANDA: MARCELA ALVES LEMOS  
ORIENTADORA: PROF<sup>a</sup> DRA. MARINA RÚBIA MENDONÇA LÔBO

GOIÂNIA  
2021

MARCELA ALVES LEMOS

**GARANTIAS FUNDAMENTAIS E OS MEIOS DE PROVA NO DIREITO**

**PROCESSUAL PENAL:**

**APLICABILIDADE, EFETIVIDADE E PONDERAÇÃO**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof<sup>a</sup>. Orientadora Prof<sup>a</sup> Dra. Marina Rúbia Mendonça Lôbo

GOIÂNIA  
2021

MARCELA ALVES LEMOS

**GARANTIAS FUNDAMENTAIS E OS MEIOS DE PROVA NO DIREITO  
PROCESSUAL PENAL:  
APLICABILIDADE, EFETIVIDADE E PONDERAÇÃO**

Data da Defesa: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Marina Rúbia M. Lôbo

Nota

---

Examinador Convidado: Prof. MS. José Cristiano Leão Tolini

Nota

## SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>04</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>05</b>
<b>1 OS PARADIGMAS DE UM DIREITO PROCESSUAL PENAL DEMOCRÁTICO .....</b>	<b>07</b>
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PROVAS.....	07
1.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL .....	11
1.3 OS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DAS PROVAS.....	12
<b>2 OS LIMITES DA PRODUÇÃO PROBATÓRIA .....</b>	<b>14</b>
2.1 OS MEIOS DE PROVAS.....	14
2.2 A (IN) ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL ..	15
2.3TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA.....	17
<b>3 RESTRIÇÕES AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>18</b>
3.1 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICA E AS GRAVAÇÕES CLANDESTINAS ....	18
3.2 QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO– ADI 2.390 STF. ....	21
3.3A EFICÁCIA DO ESTADO PROCESSUAL PENAL DEMOCRÁTICO .....	24
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>26</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>28</b>

**GARANTIAS FUNDAMENTAIS E OS MEIOS DE PROVA NO DIREITO  
PROCESSUAL PENAL:  
APLICABILIDADE, EFETIVIDADE E PONDERAÇÃO**

Marcela Alves Lemos<sup>1</sup>

**RESUMO**

Os meios de provas no direito processual penal foram apresentados no presente estudo sob a luz das garantias fundamentais positivadas na Constituição Federal brasileira. Para tanto, *a priori*, foi exposta, brevemente, a evolução histórica das provas e como estas passaram a ser valoradas pelo ordenamento jurídico pátrio. Conceituaram-se provas e meios de provas, apontando as diferenças estabelecidas entre as provas ilícitas e ilegítimas, subdivisões do gênero provas ilegais. Aprofundou-se o debate com a teoria dos frutos da árvore envenenada, pretendendo demonstrar como o Estado garantidor de direitos individuais e coletivos, detentor do *iuspuniendi*, pode, de maneira excepcional, admitir no curso do devido processo legal provas obtidas por vias ilegítimas, a fim de proteger um bem maior por ele tutelado. Ao apontar os limites probatórios dentro do devido processo legal, o presente estudo ressaltou o uso, em caráter extraordinário, de gravações clandestinas e a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, a qual possibilita a quebra de sigilo bancário. Assim, o objetivo geral do trabalho foi alcançado, uma vez que, a aplicabilidade, a efetividade e a ponderação no uso das provas no processo penal foram demonstradas sob a égide do Estado processual penal democrático, por meio de uma análise qualitativa, com uma metodologia voltada à pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, pertinentes ao tema. A partir desta análise doutrinária foi possível observar como as garantias constitucionais revestem o direito processual penal, garantido a ele efetividade e, como em alguns momentos, amparada pelo princípio da proporcionalidade, estas garantias podem ser ponderadas e afastadas, a fim de se alcançar um valor jurídico maior.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Admissibilidade. Ilegalidade. Provas ilícitas. Devido Processo Legal. Estado Processual Penal Democrático.

**ABSTRACT**

The means of evidence in criminal procedural law were presented in the present study in the light of the fundamental guarantees made positive in the Brazilian Federal Constitution. For this purpose, *a priori*, the historical evolution of the evidence and how it came to be valued by the national legal system was briefly exposed. Evidence and means of evidence were conceptualized, pointing out the differences established between illicit and illegitimate evidence, subdivisions of the

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

genre illegal evidence. Evidence and means of evidence were conceptualized, pointing out the differences established between illicit and illegitimate evidence, subdivisions of the genre illegal evidence. The debate deepened with the theory of the fruit of the poisoned tree, intending to demonstrate how the State that guarantees individual and collective rights, holder of the *ius puniendi*, can, exceptionally, admit in the course of due legal process evidence obtained by illegitimate means, in order to protect a greater good protected by it. By pointing out the evidential limits within the due legal process, the present study highlighted the extraordinary use of clandestine recordings and the constitutionality of Complementary Law No. 105/200, which makes it possible to break bank secrecy. From this doctrinal analysis, it was possible to observe how constitutional guarantees cover criminal procedural law, guaranteed to be effective and, as sometimes supported by the principle of proportionality, these guarantees can be considered and removed in order to reach a value greater legal framework. Thus, the applicability, effectiveness and consideration in the use of evidence in criminal proceedings were demonstrated under the aegis of the democratic criminal procedural State, through a qualitative analysis, with a methodology aimed at bibliographic and jurisprudential research, pertinent to the theme.

Keywords: Proportionality. Admissibility. Illegality. Illegal evidence. Due Legal Process. Democratic Criminal Procedural State.

## INTRODUÇÃO

O estudo aqui proposto tem por objetivo discutir o manejo das provas no direito processual penal sob a perspectiva das garantias constitucionais. Partindo da premissa de que o texto constitucional, em seu Art. 5º, inciso LVI, proíbe o uso de provas obtidas por meios ilícitos no curso do processo, o estudo se dispõe a discutir circunstâncias excepcionais onde a ponderação de direitos positivados faz-se necessária, para fins de cumprimento da lei.

Considerando ser a inadmissibilidade de provas ilícitas uma norma de previsão de conduta, onde se estabelece a garantia da integridade dos direitos de cada indivíduo no âmbito do processo. Tem-se que essa previsão constitucional sustenta o Estado processual penal democrático, uma vez que impede o uso de meios degradantes, imorais ou violentos na busca da verdade real, como a tortura, por exemplo.

Todavia, cumpre ressaltar que os direitos fundamentais não são absolutos podendo, a depender de cada caso concreto, serem relativizados, a fim de se alcançar um bem jurídico maior, de relevante interesse público. Nesse sentido, ante a uma possível injustiça penal, provas obtidas por vias ilegais, quando ilegítimas

podem ser utilizadas, recorrendo nestes casos à aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, sem deixar de lado a tutela penal dos direitos fundamentais.

Assim, o presente estudo demonstrará os limites a serem respeitados pelo Estado democrático ao conduzir um processo penal, valorizando direitos e garantias constitucionais, tão violados pela arbitrariedade com que se conduzia o processo em períodos históricos anteriores, mas também apontará a possibilidade de flexibilização da norma constitucional, por meio da ponderação de valores fundamentais, objetivando preservar bens jurídicos maiores, a partir da análise de cada caso.

Nesse sentido, tendo em vista a dificuldade de compreensão a respeito do tema torna-se interessante expor como alguns direitos positivados, como a intimidade e a vida privada, por exemplo, podem ser suspensos temporariamente, em prol de um bem maior. Desse modo, serão destacados o uso de gravações clandestinas e a Lei Complementar nº 105/2001, a qual trata da quebra de sigilo bancário.

Para tanto, na primeira seção deste artigo se apresentará brevemente a evolução histórica das provas, pontuando como o direito processual penal se revestiu das garantias constitucionais, objetivando a lisura dos meios de prova, bem como moldou o atual sistema de valoração das provas.

Na seção II serão tratados os limites da produção probatória, com destaque aos meios de obtenção das provas e a possibilidade do uso destas por derivação, quando encontradas por vias ilegais, implicando no descarte de provas ilícitas, bem como será discutida a Teoria dos frutos da árvore envenenada utilizada como parâmetro para a colheita e utilização da prova.

Por fim, na seção III, serão analisadas as restrições e garantias fundamentais, citando como exemplos a possibilidade do uso de gravações clandestinas e a Lei Complementar nº 105/2001, fazendo uma análise sucinta do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade- ADI nº 2.390 pelo Superior Tribunal Federal, a qual determinou ser constitucional a quebra do sigilo bancário de qualquer cidadão, impondo restrição ao bem jurídico da intimidade e da vida privada, ante a garantia do dever do contribuinte de pagar seus tributos, para, enfim, apresentar a eficácia do Estado processual penal democrático fundado na garantia da preservação da dignidade humana, pilar da Constituição Federal brasileira.

Dessa forma, este estudo recorrerá à pesquisa bibliográfica, como doutrinas e

artigos científicos, para melhor compreensão do tema, complementando com análise jurisprudencial por se tratar de direito processual penal, com divergentes implicações jurídicas a serem observadas. Destacando o estudo de caso concreto como exemplo a ser dado de ponderação de direitos fundamentais.

Tendo, portanto, como objetivo principal analisar o tratamento dado aos meios de provas no direito processual penal a partir das garantias fundamentais, o estudo destacará a aplicabilidade dessas garantias no curso do devido processo legal, assim como a possibilidade de ser feita a ponderação de valores juridicamente consagrados, a fim de se alcançar um bem maior.

## **1 OS PARADIGMAS DE UM DIREITO PROCESSUAL PENAL DEMOCRÁTICO**

### **1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PROVAS**

Considerada peça fundamental para que se obtenha uma efetiva prestação jurisdicional, a prova, notadamente no Direito Processual Penal, se constitui como o instrumento necessário para o conhecimento da verdade dos fatos e, em decorrência, da convicção do julgador, como descreve Gomes Filho (1997. p. 13) “a prova é a alma do processo”.

Todavia, nem sempre foi assim, durante boa parte da história o manuseio de provas na reconstrução dos fatos, ou não existiam ou se prestavam a manipulação da verdade.

Brevemente, como descreve Altavila (2000) recordam-se as sociedades primitivas, onde não havia um modelo jurisdicional capaz de solucionar uma demanda, neste cenário a verdade se encontrava na figura do vencedor da lide, em uma disputa literalmente braçal para se provar o alegado. Somente com a evolução social e o fortalecimento do Estado, construiu-se um modelo jurisdicional, revestido de normas e regramentos, com leis predeterminadas.

Nos primórdios da lei, a formação do Direito se amparou no pensamento religioso. Com efeito, Bráz (2017, p.19) cita alguns dos primeiros compêndios legais que se tem registro, como:

*A Lex Talionis*, presente na Bíblia Sagrada (Levítico 24, 17), no Código de Hamurabi (art. 209º e 210º), no Código de Manu da Índia bramânica (Livro

VIII, Parte III), na tradição talmúdica, oral e escrita, na Lei das XII Tábuas (posteriormente entendida como a fonte do *ius romanum*), entre outros documentos históricos ancestrais, constitui um dos primeiros paradigmas de Justiça, mantendo resquícios de maior ou menor presença em muitas civilizações ao longo da História, até nos nossos dias.

Verifica-se nos documentos citados que a busca pela verdade dos fatos era revestida de uma mentalidade sobrenatural, o divino era, ao final, o principal responsável pelo julgamento das demandas judiciais. Os mecanismos de prova eram majoritariamente irracionais e simbólicos, amparados em rituais religiosos e na sacralização. Relata Goulart (2002, p. 59) que nesta fase histórica da lei surgiram institutos como os ordálios, o juramento purgatório ou compurgação<sup>2</sup> e os combates judiciários. Muitos desses rituais, denominados como “Juízos de Deus”, eram compostos por provas de caráter místico, elaborados com grande perversidade e, ao final, sem chances para o acusado se absolvido.

Pontuam-se as palavras de Tourinho Filho (2013, p.240) no que se refere a alguns tipos de ordálios utilizados no período medieval:

Consistia, objetivamente, num procedimento sacrificial, rudimentar e ritualizado que recorria, predominantemente, a elementos do meio ambiente: água, fogo, substâncias nocivas, calor, frio etc [...] Havia a ingestão de substâncias perigosas, administradas ao acusado, por ingestão forçada, substâncias suscetíveis de produzirem alterações orgânicas, designadamente venenos, na suposição de que o acusado inocente seria incólume à sua ação; exposição a animais ferozes, onde o acusado era lançado às feras ou outros animais perigosos, como serpentes, na suposição que estes atacariam e molestariam somente o culpado; marcação com ferro em brasa, onde o acusado era forçado a contatar, fisicamente, com ferros incandescentes (*ferrum candens*) e a neles tocar com a língua ou, ainda, a transportá-los durante determinado período de tempo; passagem pelo fogo. Procedimento muito comum nos países anglo-saxónicos, consistia em percorrer determinado percurso, descalço, sobre brasas ou materiais incandescentes.

Nesse sentido, os ordálios constituíam meio de prova decididamente formal, obrigando o Juiz, embora tivesse convicção diretamente contrária ao resultado da prova, a aceitar seu resultado como base e motivo decisivo de sua sentença.

Para Foucault (2003) a prova obtida por tais meios não serviam para apurar a verdade e identificar aquele que praticou o crime, mas tão só, e apenas, para estabelecer que o mais forte é aquele que tem razão.

Assim, a fim de garantir a ordem pública, a Igreja Católica condenou tal prática no Concílio de Latrão, no século XII. Porém, em razão do período inquisitório,

---

<sup>2</sup>Ritual público de juramento, feito pelo acusado e/ou por um determinado número de co-jurados que, publicamente, garantiam a inocência do acusado, libertando-o (purgando-o) da acusação.

a fim de reprimir os crimes de bruxaria, os ordálios voltaram a ser utilizados pela Igreja Católica.

A Inquisição se tornou evidente a partir do século XIII, notadamente, após a promulgação das 45 resoluções de Toulouse<sup>3</sup>, das quais 18 destinavam-se aos hereges e criavam poderes extraordinários aos clérigos. Neste período foi efetivado o sistema inquisitivo, com a instituição do Tribunal da Inquisição pelo Concílio de Trento (BETHENCOURT, 1995).

Importante destacar que, o método inquisitivo utilizado pela jurisdição eclesiástica, principalmente na repressão da heresia, exigia uma constante investigação, contribuindo para o desenvolvimento do processo investigatório no âmbito legal, com exclusiva competência do Estado, alguns pontos desse processo ainda se reconhece nos dias atuais. Como descreve Braz (2017, p. 28):

O inquérito policial, que conhecemos do Direito Processual Penal contemporâneo, é, do ponto de vista da sua natureza e estrutura, uma instituição tipicamente canônica, que não comporta o contributo do pleno contraditório. A figura ampla do inquisidor integra, simultânea ou complementarmente, três funções: de inquiridor (aquele que inquire ou investiga), de acusador e de juiz, sendo esta a principal característica da *inquisitio canónica*.

Depois de um longo período dominado pelo pensamento místico, a racionalidade emergiu com os ideais humanistas da Era das Luzes, deixando para trás a era da vingança privada e da tortura, para os limites e garantias do Estado de Direito, o que para Bráz (2017, p. 39) propiciou:

Novas condições políticas, filosóficas e tecnológicas, permitindo a consolidação nos modernos sistemas jurídico-penais pós-setecentistas, do denominado sistema da prova científica que viria a introduzir profundas mudanças na ciência jurídico-penal e, necessariamente, nos sistemas de produção probatória

Dessa forma, as revoluções liberais proporcionaram uma evolução no sistema de produção de provas, se voltando à garantia de direitos individuais, ante a mão pesada do Estado e do clamor do povo pela vingança. Valores éticos e morais se transformavam e a busca por uma humanização do homem se refletia na sociedade, exteriorizada pelo fim da escravatura e do reconhecimento, ainda que mínimos, de direitos a ampla defesa e ao contraditório.

---

<sup>3</sup> Em 20 de abril de 1233, por meio da bula *Licet ad capiendas*, o papa Gregório IX (1227 – 1241) ordenou aos dominicanos de vários bispados do sul da França que fossem encarregados da Inquisição contra os hereges e seus protetores. Tal bula foi redigida pelos frades dominicanos de Toulouse, com as determinações a serem seguidas pelos inquisidores.

Nessa feita, o processo penal absorvia as mudanças sociais prestigiando o direito a um julgamento justo, com direito a defesa antecipada, compatível com a presunção de inocência.

Destaca-se a contribuição dada por alguns pensadores para os rumos do direito penal no ordenamento pátrio, entre eles, pode-se citar a doutrina de Beccaria, o qual influenciou o Direito Processual Penal durante décadas, pontualmente no que se refere à imposição de limites ao poder punitivo do Estado, objetividade e clareza da norma e estabelecimento de garantias de defesa, entre vários outros pontos.

Com relação ao Direito brasileiro, destaca Goulart (2002) que o ordenamento pátrio recebeu, inicialmente, forte influência do período inquisitório. No entanto, com a propagação das ideias humanitárias da justiça penal, intensificada com a Revolução Francesa, estas também influíram na legislação brasileira medidas para conter práticas como a tortura e assegurar o direito ao julgamento mais digno do acusado.

Nesse cenário, a Constituição brasileira de 1824 trouxe expresso em seu Art. 179, direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, estabelecendo garantias no campo do processo penal, culminando com o Código de Processo Criminal, de 1832, considerado a síntese dos anseios liberais da época.

Ressalte-se que esse período de transição foi complexo, sendo somente a partir da proclamação da República, que as demais Constituições passaram a incluir em seus textos direitos e garantias individuais dos cidadãos, como as cláusulas consagradoras da ampla defesa no processo criminal, incluindo o direito à prova.

Com promulgação da Constituição Federal de 1988 valores morais e principiológicos se apresentaram no ordenamento jurídico pátrio influenciando as normas legais, alcançando, inclusive, legislações infraconstitucionais anteriormente elaboradas.

## 1.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Considerando ser o processo penal estruturado em uma matriz notadamente acusatória, sua busca por justiça, por meio do modelo de produção probatória, que dele emerge, como afirma Braz (2017, p. 56):

Deve ser orientado por um núcleo de princípios fundamentais, cuja hibridez

doutrinária reflita, justamente, esse compromisso entre o acusatório e o inquisitório, resultante da evolução histórica da matriz demoliberal do processo penal.

Nesse sentido, podem-se apontar alguns princípios que asseguram o direito percorrido pelo processo penal brasileiro, destacando-se; o princípio do contraditório, o qual se volta à garantia de que toda prova realizada por uma das partes admite a produção de uma contraprova pela outra. Consubstanciando na expressão *audiatur et altera parte*, ou seja, ouça-se também a parte contrária, o que importa em conferir ao processo uma estrutura dialética.

Tem-se ainda, o princípio da comunhão que determina que, uma vez trazidas provas aos autos, estas não mais pertence à parte que as acostou, mas sim, ao processo, podendo, desse modo, ser utilizadas por quaisquer dos intervenientes, seja o juiz, sejam as demais partes. Por meio do princípio da publicidade, os atos que compõem o procedimento, inclusive a produção de provas, não devem ser efetuados secretamente. Visa-se, aqui, a garantir ao cidadão comum acesso e confiança no sistema de administração da justiça, observando as vedações impostas constitucionalmente, como se verifica no Art. 93, IX, da Constituição Federal.

Para Braz (2017, p. 57) o princípio da investigação ou da verdade material seria o princípio jurídico que “melhor caracteriza a natureza e a estrutura da prova no modelo acusatório mitigado e a solução de compromisso que ele estabelece entre o acusatório puro e o inquisitório.” Tal princípio estaria configurado pelo Art. 340, do Código de Processo Penal Brasileiro – CPP, o qual determina que o tribunal ordene, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova, cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade.

No que se refere ao princípio da autorresponsabilidade das partes, infere-se que as partes assumirão as consequências de sua inatividade, erro ou negligência relativamente à prova de suas alegações. Logo, se na ação penal pública não providenciar o Ministério Público a prova da autoria da infração e de sua materialidade, a consequência será a absolvição do acusado. Por outro lado, nada impede o juiz de utilizar, como fator de condenação, o testemunho de pessoa que, apesar de arrolada pela defesa, tenha contribuído para incriminar o réu, em vez de beneficiá-lo.

O princípio da não – autoincriminação trata da desobrigação do acusado a falar em juízo, com intuito de não produzir provas em seu desfavor, direito este

assegurado pelo Art.5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

No que se refere às garantias constitucionais salvaguardadas no devido processo legal, o princípio da proporcionalidade, como define Farias e Souza se apresenta como um norteador para questões excepcionais. Acrescentando os autores (2009, p. 15) que:

Há uma dificuldade de se precisar o conteúdo do princípio da proporcionalidade, em razão do seu amplo nível de abrangência. Isso porque, além de significar princípio constitucional, princípio hermenêutico e princípio geral de direito, é também um procedimento, uma técnica de aplicação e de realização da justiça, de avaliação normativa, um meio de verificar a constitucionalidade das normas, um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa do Estado, uma garantia fundamental dos direitos individuais, sociais e coletivos.

Cabe pontuar que outros princípios intervêm no processo legal, não existindo nenhum grau de hierarquia entre eles, o que se verifica é sua aplicabilidade em cada caso concreto. Assim, os princípios se destacam por serem mandados de otimização, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas em que podem ser requisitados.

### 1.3 OS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DAS PROVAS

No ordenamento processual penal pátrio o juiz se utiliza de critérios determinados em lei para valorar as provas dos autos e emitir seu julgamento. Destacado em seu corpo de normas, o CPP apresenta dois sistemas de valoração de prova; quais sejam: o sistema da íntima convicção e o do livre convencimento motivado.

No sistema da íntima convicção, com representação única nos casos de competência do Tribunal do Júri, a decisão não se vincula a apresentação das provas, estando o julgador livre para tomar sua decisão, sem precisar motivá-la. Leciona Rangel (2015, p. 516):

Nesse sistema o legislador impõe ao magistrado toda a responsabilidade pela avaliação das provas, dando a ele liberdade para decidir de acordo, única e exclusivamente, com a sua consciência. O magistrado não está obrigado a fundamentar sua decisão, pois pode valer-se da experiência pessoal que tem, bem como das provas que estão ou não nos autos do processo. O juiz decide de acordo com sua convicção íntima.

De outro modo se encontra o julgador no sistema de livre convencimento motivado ou, como também é denominado, sistema de persuasão racional, com

previsão legal no Art.155, *caput*, CPP, a formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação formar sua. Neste sistema as provas não são valoradas prévia e hierarquicamente, estando o julgador livre para o julgamento de acordo com sua convicção, ressaltando que a liberdade não deve ser entendida como ampla e excessiva discricionariedade.

De acordo com Rangel (2015) por força do artigo supracitado, o juiz deve fundamentar as suas decisões com base nas provas produzidas sobre o crivo do contraditório e do devido processo legal, não se aceitando a condenação de um indivíduo com base, única e exclusivamente, em elementos colhidos na fase de investigação, uma vez que as provas colhidas nesta etapa do processo possuem caráter mitigado.

Apesar da doutrina tenha definido presentes no Código de Processo Penal os dois diferentes sistemas de valoração da prova acima apontados, posicionamentos divergentes podem ser encontrados, como de Lopes Jr (2016) o qual afirma ainda existir resquícios de um terceiro sistema no aludido Código, qual seja; o sistema legal de provas ou sistema da prova tarifada, onde o valor de cada prova é predefinido hierarquicamente, sem observância individual da prova no caso concreto e com total limitação do juiz em seu julgamento.

Nas palavras de Bráz (2017, p. 26) o sistema de prova tarifada:

Tende-se, assim, para um sistema de produção probatória de excessiva rigidez, retirando-se ao julgador a possibilidade de apreciar livremente a prova e julgar de acordo com a sua íntima convicção, restando-lhe, apenas, o poder de aplicar a lei com base em critérios de mera cumulação e conjugação aritmética de presunções.

Para amparar seu posicionamento Lopes cita o Art.158, *caput*, do CPP, que trata dos vestígios deixados pela infração, sendo estes indispensáveis para o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Destaca o autor (2016, p. 205):

A confissão era considerada uma prova absoluta, uma só testemunha não tinha valor etc. Saltam aos olhos os graves inconvenientes de tal sistema, na medida em que não permitia uma valoração da prova por parte do juiz, que se via limitado a aferir segundo os critérios previamente definidos na lei, sem espaço para sua sensibilidade ou eleições de significados a partir da especificidade do caso.

Imperioso se faz esclarecer a natureza da fonte probatória, que pode ser

tanto testemunhal, quanto material, a partir das quais se extraem algum dado relevante ao processo. De acordo com Lima (2019, p. 610):

A prova material é aquela que resulta da verificação existencial de determinado fato, que demonstra a sua materialização, tal como ocorre com o corpo de delito, instrumentos do crime etc. Por fim, testemunhal é a prova que consiste na manifestação pessoal oral. A prova testemunhal é espécie do gênero prova oral, que é mais abrangente, já que inclui os esclarecimentos de perito e assistente técnico, bem como eventuais declarações da vítima.

Desse modo, percebe-se que a regra no sistema penal interno é de não valorização de uma prova em detrimento a outra, devendo cada uma ser observada em relação a cada caso concreto.

## **2 OS LIMITES DA PRODUÇÃO PROBATÓRIA**

### **2.1 OS MEIOS DE PROVAS**

Realça-se que constituem meios de provas no processo penal qualquer documento, objeto ou alegações prestadas por testemunhas do fato que inferem na busca da verdade processual, observado em todos os casos a licitude e legalidade da obtenção da prova, bem como o respeito ao contraditório e ampla defesa.

Nesse sentido, Tourinho Filho (2013, p.524) descreve que meios de prova são “tudo quanto possa servir, direta e indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, documento, pericia, [...], tudo são meio de prova”. E, na busca pela verdade nos autos, Nucci aponta que (2016, p. 309), “a verdade processual emerge durante a lide, podendo corresponder à realidade ou não, embora seja com base nela que o magistrado deve proferir sua decisão”.

Assim, faz-se de extrema importância a colheita do maior número de provas possíveis a fim de se obter a justiça. Como relata Marques (2017, p. 05):

Embora seja buscada no processo penal a “verdade real” é evidente a extrema dificuldade de ser alcançado o fiel retrato de um crime uma vez que independente dos meios, a verdade obtida no processo será sempre a verdade processual, será sempre uma verdade reconstruída, e que depende do maior número de contribuição das partes e em alguns momentos do próprio juiz.

No que se refere à lei processual penal verifica-se em seu texto, um conjunto

de normas que consagram os diferentes tipos de meio de prova, com disposição no Título II, precisamente nos Arts. 128 a 170, os quais podem ser divididos em duas categorias, quais sejam; prova pessoal e prova material. Como exemplo, cita-se: prova testemunhal; declarações de arguido, do assistente e de partes civis; prova por reconhecimento; reconstituição do facto e, ainda prova pericial e documental.

Já os procedimentos por meio dos quais se obtém e processa os meios de provas estão dispostos no Título III, Arts 171 a 190. Nas palavras de Silva (2002, p. 209):

Os meios de obtenção de prova são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias e órgãos de polícia criminal para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do *thema probandi*, não são meios de prova.

Desse modo, os meios de prova se caracterizam pela capacidade de se tornarem fonte de convencimento, devendo prezar pela idoneidade e legalidade de sua obtenção, a fim de poderem constar do processo, na busca pela verdade real dos fatos.

## 2.2 A (IN) ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Na busca pela solução vitoriosa da lide se faz essencial provar o alegado por todos os meios admitidos em Lei. Assim, como leciona Lima (2019, p. 604) “em sentido amplo, provar significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real.”.

Em termos processuais, Badaró (2003, p. 158) ensina que o vocábulo prova pode se utilizar de três possíveis definições, sendo elas; “atividade probatória, como resultado e como meio de prova”. Esclarece o autor sobre as três acepções da palavra:

Num primeiro sentido, a prova se identifica com a atividade probatória, isto é, com a produção dos meios e atos praticados no processo visando a convencer o juiz sobre a veracidade ou a falsidade de uma alegação sobre um fato. É a ação de provar o conjunto de atos praticados pelas partes e pelo juiz para verificação da veracidade de uma afirmação de fato. Neste sentido fala-se que a prova da alegação incumbe a quem a fizer (CPP, art. 156).

Noutra acepção, a prova é o resultado da atividade probatória identificando-se com o convencimento que os meios de prova levaram ao juiz sobre a existência ou não um determinado fato. É o resultado da atividade probatória. É a convicção sobre os fatos alegados em juízo. Por fim, também é possível identificar a prova com o meio de prova em si mesmo. Fala-se, por exemplo, em prova testemunhal

ou prova por indício.

Tratando sobre a diversidade do termo prova Nucci (2016, p.367) entende que esta pode ser definida como:

O ato de provar, por si só, que é o processo de apresentação de elementos que possam esclarecer a verdade do fato exposto; mas, também pode ser o instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo, o meio pelo qual se prova ou, ainda, pode ser o resultado da ação de provar, que trata do produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos.

Percebe-se, após sucinta exposição de conceitos, que provar pode tanto se identificar com a atividade probatória em si, ou seja, com todo o processo utilizado para o convencimento do julgador, meios e atos praticados na busca da veracidade do fato, bem como, com o resultado da atividade probatória.

Considerando serem as provas capazes de influir na decisão do processo, nem todas as situações ocorridas no mundo fático podem ser alvo do tratamento probatório. Além do que, há a necessidade da mensuração do fato para que ele seja tratado como objeto de prova, não sendo possível colacionar ao processo toda situação fática, já que a finalidade da prova é a verdade processual, ou ainda, a verdade atingível ou possível.

Assim, no que se refere aos meios de prova, usados na busca da verdade real dos fatos. Nucci (2016) destaca que estes podem ser lícitos e ilícitos, sendo, no entanto, admitidos somente os primeiros.

Cabe pontuar que o ordenamento jurídico pátrio delimitou as diferentes modalidades de provas que não cabem no âmbito do processo penal; provas ilegais; ilícitas e ilegítimas. Sendo que as primeiras constituem o gênero do qual fazem parte as provas ilícitas e ilegítimas, ambas obtidas por meio de violação, seja a normas de direito material ou de direito processual. De acordo com Farias e Souza (2009, p. 6):

As ilícitas são aquelas provas colhidas com infringência às normas de direito material, através da prática de contravenções penais ou de crimes, a exemplo da tortura física ou mental, além daquelas que afrontam as normas de outros ramos do direito e dos princípios constitucionais. Já as provas denominadas ilegítimas são aquelas coletadas com desrespeito às normas de direito processual, ou seja, são contrárias ao procedimento previsto legalmente, como são os casos das interceptações telefônicas e de dados, sem autorização judicial, da violação do sigilo bancário, das gravações ambientais clandestinas, dentre outras.

Nesse sentido, percebe-se que a construção dos instrumentos probatórios deve respeitar o que preconiza a Constituição Federal, nos termos do que dispõe

seu Art. 5º, incisos LV e LVI, especialmente no que se refere ao direito a ampla defesa e a inadmissibilidade das provas ilícitas, a fim de preservar a dignidade da pessoa humana, ante aos arbítrios do Estado.

### 2.3 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

Em razão do cuidado que se deve ter na colheita e utilização da prova, uma concepção doutrinária desenvolveu a teoria dos frutos da árvore envenenada, julgando ilegal, provas obtidas ilegitimamente. Assim, seriam tais provas ilícitas por derivação, ou seja, se uma prova é ilícita, todas que decorrem dela também são.

Desse modo, a “teoria da árvore dos frutos envenenados” ou ainda a “teoria da ilicitude por derivação”, corresponde à inadmissibilidade de produção em juízo de provas que afrontam direitos e garantias constitucionais, como o devido processo penal. O Código de Processo Penal recepcionou tal teoria, prevendo em seu Art. 157, §1º, que:

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.

Portanto, como afirma Oliveira (2015, p. 296), acerca das consequências da presença de provas ilícitas no processo:

Deve o juiz apreciar a ilicitude da prova e o seu consequente desentranhamento dos autos antes da audiência de instrução criminal, ou seja, após a apresentação da defesa escrita, desde que, é claro, a prova tenha sido juntada em momento anterior. Tratando-se de prova apresentada em audiência, deve o juiz, de imediato, apreciar a questão.

Destaca-se que a decisão que não reconhece a ilicitude da prova é irrecorrível. No entanto, o Direito processual penal considera possível o aproveitamento de provas ilegítimas, podendo sua inadmissibilidade ser gerada em obediência ao princípio da instrumentalidade das formas, o que leva ao seu

aproveitamento, uma vez que, se a prova violada afrontar apenas o procedimento e não atingir o conteúdo material, será plenamente admissível, principalmente se for manejada em favor do réu.

A possibilidade de se admitir a prova ilícita no processo penal, em caráter extraordinário, se apoia no princípio da proporcionalidade, haja vista que a excessiva rigidez da sua vedação por parte das normas que regulam o processo penal poderia incorrer em casos graves de julgamento, alcançando a penalização de um inocente, por exemplo. Assim, a aplicação da proporcionalidade significa instrumento garantidor de valores conflitantes, como a inviolabilidade da norma e o direito do réu.

### **3 RESTRIÇÕES AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

#### **3.1 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICA E AS GRAVAÇÕES CLANDESTINAS**

Com a vigência do Estado Democrático de Direito, as garantias individuais se tornaram caras ao ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual, se verifica o cuidado excessivo com as provas utilizadas no devido processo legal, bem como os meios pelos quais elas são obtidas, assegurando direitos fundamentais do indivíduo.

Todavia, no âmbito do Direito Penal, algumas garantias individuais precisam ser relativizadas, quando em oposição a um bem jurídico maior, como muitas vezes acontece ante ao direito de toda uma coletividade.

A Constituição brasileira de 1988 declara expressamente, no rol de seu Art. 5º, direitos e garantias fundamentais, sendo importante destacar os incisos X e XII, os quais possuem a seguinte dicção:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Assim, quando se analisa a construção da prova pela via da Lei 9.296/1996, a qual trata da interceptação de comunicações telefônicas, poderia se supor que, indubitavelmente, esta prática estaria violando direitos individuais, como a

intimidade, a privacidade e o sigilo da comunicação.

Importante explicar que as interceptações telefônicas nas palavras de Moraes (2004, p. 241) são definidas como “[...] a captação e gravação de conversa telefônica no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa, sem o conhecimento de qualquer um dos interlocutores.” Nesses termos, sem consentimento, a prova adquirida com a certeza da violação da intimidade de alguém seria ilícita.

Porém, como destaca Moraes (2004, p. 60):

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna.

Nessa feita como afirma Alexy (2008, p.88) “os direitos fundamentais não são absolutos”, havendo na própria Constituição direitos que, aparentemente, se tornariam opostos, em razão da diversidade ideológica que reveste o Estado Democrático. Devendo, quando tal conflito de norma acontecer, ser solucionado a partir de uma ponderação dos interesses conflitantes, prevalecendo aquele que, ante ao caso concreto em questão, possuir maior relevância.

Assim, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas seria a relativização de um direito individual, a partir de previsão expressa em Lei, garantida pelo devido processo legal, Art. 5º, LIV da Constituição Federal. Tal relativização seria possível quando o interesse maior da coletividade se vê afrontado, em razão de um delito. Desse modo, estando interesses em conflito, a valoração comparativa é medida a ser aplicada, em atenção ao princípio da proporcionalidade

Como se observa no teor do inciso XII, Art. 5º, da Constituição Federal, a própria Lei abre espaço para a admissibilidade do acesso a comunicação telefônica via interceptação legal, ao preconizar ser possível tal medida a partir de ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei nº 9.296/96 estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Assim, estando à coleta de provas respaldada por lei não se pode vislumbrar ilicitude ou afronta a direitos fundamentais individuais, bastando para tanto que a

interceptação preencha os requisitos da necessidade ou imprescindibilidade da medida, assim como a impossibilidade de produção da prova por outros meios, nos termos do que estabelece os Arts. 2º e 4º, da Lei 9.296/1996, onde se lê:

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

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

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

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

[...]

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

Percebe-se que, embora direitos fundamentais possam ser ponderados, podendo o Estado entrar na esfera individual do cidadão, a constrição de suas garantias constitucionais, caso se faça necessária, deve vir amparada no devido processo legal, com total observação dos princípios da adequação e proporcionalidade, mediante situações excepcionais.

Importante destacar que nem sempre a coleta de provas se apresenta como uma medida cautelar praticada pelo Estado no âmbito da fase inquisitória ou incidentalmente no curso do procedimento penal. Pode acontecer de pessoa alheia a conversa captar dois interlocutores, sem o conhecimento destes.

Esse tipo de gravação, sem autorização judicial, feita sem a consciência dos demais, em regra, é considerada prova ilícita. Contudo, com aponta Farias e Souza (2009, p. 13) há possibilidade de seu uso ser permitido no processo. Para os autores:

As gravações de conversas ambientais são aquelas realizadas no meio ambiente, com ou sem o consentimento de um dos interlocutores. Não podem, em regra, ser levadas a processo como prova idônea, se forem colhidas sem o conhecimento dos interlocutores. Todavia, a doutrina e os tribunais brasileiros não são pacíficos sobre esse tema, chegando a admitir muitas vezes a presença da prova (mesmo ilícita) no processo.

A aceitação desse tipo de prova ocorre quando favorável ao acusado, ou seja, *pro reo*, ao se verificar que seu descarte geraria um prejuízo maior ao cidadão. Assim, o uso da prova ilícita deve ser feito recorrendo ao princípio da ponderação, uma vez que a garantia a liberdade se coloca como um direito indiscutivelmente maior do que o dever-poder de punir do Estado.

Destaca-se que quando a conversa está sendo gravada clandestinamente por

quem participa dela não há ilegalidade no ato. Todavia, caso esta gravação se torne objeto de prova em processo penal, sua função deve ser especificada e justificada, haja vista que, para servir como prova, a gravação necessita de motivação que comprove sua imprescindibilidade, como, por exemplo, para comprovar a inocência de alguém. Além disso, deve haver verificação técnica da conversa, a fim de garantir que o diálogo não foi induzido ou mesmo editado.

### 3.2 QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO – ADI 2.390 STF

A inviolabilidade da intimidade, da vida privada consagrada pelo Art. 5º, inciso X, da Constituição Federal abrange todas as nuances que envolve a vida do cidadão, inclusive suas finanças, razão pela qual o sigilo bancário se encontra na própria criação das normas reguladoras das instituições financeiras. Como descreve Calabrich e Barreto (2020, p. 56) “o sigilo das informações bancárias é um atributo essencial à atividade das instituições financeiras.”

Portanto, a obrigação de proteção dos dados relacionados a operações bancárias custodiados pelas instituições financeiras, diz respeito ao direito da personalidade e da intimidade do indivíduo.

Dessa forma, como analisa Martins (2001), o sigilo bancário é uma defesa da privacidade, que não diz respeito apenas a aspectos íntimos, mas também a externalidade, como, por exemplo, os dados patrimoniais.

Todavia, a Lei Complementar nº 105/2001 propiciou a publicidade das contas bancárias de indivíduos para fins de investigação criminal. Denominada quebra de sigilo bancário, esta modalidade de investigação foi preconizada no Art. 1º, § 4º da supramencionada lei:

§ 4º: A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

I – de terrorismo;

II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;

IV – de extorsão mediante seqüestro;

V – contra o sistema financeiro nacional;

VI – contra a Administração Pública;

VII – contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

IX – praticado por organização criminosa.

Ressalta-se, ainda, a possibilidade das Comissões Parlamentares de Inquérito - CPI, sem a devida autorização judicial, buscarem informações bancárias e de dados, protegidas pelo sigilo das instituições financeiras, consoante preconiza o Art. 2º, §2º da referida LC nº 105/2001:

§ 2º As comissões encarregadas dos inquéritos a que se refere o inciso II do § 1º poderão examinar quaisquer documentos relativos a bens, direitos e obrigações das instituições financeiras, de seus controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos, inclusive contas correntes e operações com outras instituições financeiras.

Aqui se apresenta uma ruptura no que se refere à garantia constitucional do devido processo legal, tendo em vista que a permissão para a relativização do direito a intimidade e vida privada do indivíduo deve partir de uma autoridade judiciária competente, o que não ocorre em uma CPI. De acordo com Oliveira (2015, p. 309):

Tais Comissões [...] haverão de encontrar limitação de seus poderes na própria Constituição, mais precisamente nas chamadas cláusulas de reserva de jurisdição. Tais reservas decorreriam de eventual excepcionalidade.

Esclarece-se que a possibilidade de quebra de sigilo bancário imposta pelas CPIs ocorre por força do Art. 58, § 3º da Constituição Federal, que outorga às Comissões “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”, o que se convencionou denominar de reserva legal.

Objetivando analisar situações jurídicas onde a quebra de garantias constitucionais não partem de ordem expressa de autoridade judicial, importante decisão do Supremo Tribunal Federal - STF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 2.390/2016, ao julgar a constitucionalidade do acesso direto pelo Fisco a dados bancários, se apresenta como um ponto esclarecedor do pensamento que define tais permissibilidades.

Anterior a esse julgamento o STF entendia ser obrigatório a existência de processo judicial para o compartilhamento de informações bancárias sigilosas, o que mudou com o aludido julgado, corroborando a constitucionalidade do acesso a dados bancários sigilosos por autoridade fiscal, preconizada pelo Art. 8º, da Lei 8.021/1990:

Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Desse modo, a ADI nº 2.390/2016 confirmou a desnecessidade de prévia autorização judicial para quebra de sigilo bancário de correntistas, com repercussão geral admitida, decidindo de forma vinculante, que o bem jurídico da intimidade e da vida privada, deve ser ponderado ante ao dever fundamental do contribuinte de pagar seus tributos, amparado pelo princípio da transparência fiscal e do dever do Estado em fiscalizar, nos seguintes termos:

**EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras. Decreto nº 4.545/2002.** Exaurimento da eficácia. Perda parcial do objeto da ação direta nº 2.859. Expressão “do inquérito ou”, constante no § 4º do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/2001. Acesso ao sigilo bancário nos autos do inquérito policial. Possibilidade. Precedentes. **Art. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentadores. Ausência de quebra de sigilo e de ofensa a direito fundamental. Confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar). Compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de compartilhamento de informações bancárias. Art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001. Ausência de quebra de sigilo. Art. 3º, § 3º, da LC 105/2001. Informações necessárias à defesa judicial da atuação do Fisco. Constitucionalidade dos preceitos impugnados.** ADI nº 2.859. Ação que se conhece em parte e, na parte conhecida, é julgada improcedente. ADI nº 2.390, 2.386, 2.397. Ações conhecidas e julgadas improcedentes. 1. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, que têm como núcleo comum de impugnação normas relativas ao fornecimento, pelas instituições financeiras, de informações bancárias de contribuintes à administração tributária. 2. [...] 3. A expressão “do inquérito ou”, constante do § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001, refere-se à investigação criminal levada a efeito no inquérito policial, em cujo âmbito esta Suprema Corte admite o acesso ao sigilo bancário do investigado, quando presentes indícios de prática criminosa. Precedentes: AC 3.872/DF-AgR, Relator o Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe de 13/11/15; HC 125.585/PE-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 19/12/14; Inq 897-AgR, Relator o Ministro Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ de 24/3/95. 4. Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009) consagram, de modo expresso, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espreque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. **Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal.** 5. [...] 6. O Brasil se comprometeu, perante o G20 e o Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários (*Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*), a cumprir os padrões internacionais de transparência e de troca de informações bancárias, estabelecidos com o fito de evitar o descumprimento de normas tributárias, assim como combater práticas criminosas. Não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena de descumprimento de seus

**compromissos internacionais. 7. O art. 1º da Lei Complementar 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, não determina quebra de sigilo, mas transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública.** Outrossim, a previsão vai ao encontro de outros comandos legais já amplamente consolidados em nosso ordenamento jurídico que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos. 8. À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão da Advocacia Geral da União, caberá a defesa da atuação do Fisco em âmbito judicial, sendo, para tanto, necessário o conhecimento dos dados e informações embasadores do ato por ela defendido. Resulta, portanto, legítima a previsão constante do art. 3º, § 3º, da LC 105/2001. 9. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.859/DF conhecida parcialmente e, na parte conhecida, julgada improcedente. Ações diretas de inconstitucionalidade nº 2390, 2397, e 2386 conhecidas e julgadas improcedentes. Ressalva em relação aos Estados e Municípios, que somente poderão obter as informações de que trata o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 quando a matéria estiver devidamente regulamentada, de maneira análoga ao Decreto federal nº 3.724/2001, de modo a resguardar as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei nº 9.784/99, e o sigilo dos seus dados bancários.

Nessa feita, tem-se que, embora as garantias constitucionais se imponham com força absoluta, em situações excepcionais elas perdem esta natureza, promovendo o interesse da coletividade, bem como do Estado no exercício do interesse público, em detrimento ao individual, como nos casos em que se é possível recorrer a gravações clandestinas em favorecimento ao réu ou quebrar o sigilo bancário de alguém para garantir o direito fiscalizador do Estado.

### 3.3 A EFICÁCIA DO ESTADO PROCESSUAL PENAL DEMOCRÁTICO

A intervenção do Estado na esfera penal representa uma das expressões da tutela de direitos fundamentais positivados constitucionalmente, como à liberdade, a honra e a integridade física dos cidadãos. Ressaltando, que a preservação de tais direitos pelo direito processual penal alcança o infrator, uma vez que, lhe é assegurado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Assim, considerando ser o Estado o detentor do *iuspuniendi*, no Estado Social Democrático, como afirma Souza Neto (2016, p. 719), “a Constituição tutela a eficácia funcional do sistema penal.”

Ao normatizar os delitos, impor sanções e tutelar direitos, o Estado se coloca em um suposto paradoxo ante ao dever-poder de punir e a tutela de garantias fundamentais de cada cidadão, tendo em vista que, em regra, a pena imposta

consiste em uma restrição de um direito, podendo alcançar o grau máximo com o encarceramento.

Todavia, cabe ressaltar que a supressão de garantias individuais, ante a violação da norma pelo indivíduo faz do Estado um regulador da ordem social, reprimindo o crime e mantendo a integridade do devido processo legal. Portanto, antes de ser um Estado punitivo, a política criminal deve ser preventiva e reparadora, protegendo a dignidade da pessoa humana e os valores constitucionais a ela inerentes, evitando, sempre que possível, a medida extrema da punição.

No entanto, quando se faz preciso punir, o Estado Democrático deve se pautar pela total observação dos direitos fundamentais, em nome da garantia de um bem jurídico maior. Assim, pode-se inferir que o processo penal não sobrevive alheio aos parâmetros constitucionais.

Desse modo, sendo o Estado o detentor do *ius puniendi* cabe a este a imparcialidade no julgamento dos conflitos, bem como o regular processo legal, assegurando direitos e garantias fundamentais também ao investigado como, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa. Não podendo se valer de condutas ilegais na busca da pretensa verdade dos fatos ou recorrer a provas obtidas por vias ilícitas. Nessa feita, como descreve Moraes (2010, p. 201):

Assim, o processo penal, e mais especificamente a investigação criminal, são pautados pela dignidade da pessoa humana na restrição dos direitos dos investigados e processados. Este é o critério para a avaliação do limite da restrição dos direitos fundamentais. É a dignidade que impede que “os fins justifiquem os meios” na persecução penal. Com efeito, ainda que a segurança pública seja um direito constitucional, não é tolerável o emprego da tortura na investigação.

A produção probatória no processo penal, antes de qualquer coisa, reflete os valores sociais vigentes de uma sociedade. Portanto, quando se disciplina os direitos de cada um e o dever de tutela desses direitos pelo Estado, sendo este o responsável pela legalidade da norma e por sua aplicação, se tem estabelecido também os limites do direito de punir do Estado e a forma com que este conduz o processo penal.

Verifica-se, assim, que o direito processual penal se mantém guiado pela tutela dos direitos fundamentais e tão somente a partir desses direitos pode efetivamente garantir a eficiência, a aplicação correta e justa da lei, bem como a segurança jurídica. Como descreve Carvalho (2003, p. 189):

Esse é realmente o papel das garantias processuais: legitimar, pelo estrito

controle jurisdicional, a intervenção estatal na esfera individual, de modo que, se qualquer constrição de direitos vier a ser infligida, ela seja necessária, adequada e proporcional. Não é com arbítrio que se combate o crime. Não é com medidas legislativas que se resolve o problema da violência.

Desse modo, a efetividade das garantias constitucionais no devido processo penal constitui expressão máxima do direito processual penal democrático, no qual o limite de atuação do Estado na obtenção da prova se assenta na priorização da dignidade da pessoa humana.

## CONCLUSÃO

O manejo das provas no direito processual penal sob a perspectiva das garantias constitucionais, como objeto de estudo, trouxe a reflexão de algumas excepcionalidades legais, aparentemente contrárias ao que determina o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, o qual preconiza ser inadmissível o uso de provas obtidas por meios ilícitos no processo.

Considerando que não existe processo sem a apresentação de provas, resguardar a integridade dos meios probatórios caracteriza a garantia do devido processo legal e da efetividade do Estado processual penal democrático. Portanto, qualquer violação a direitos individuais e aos instrumentos processuais utilizados para se alcançar a verdade dos fatos deve ser refutada na instrução probatória.

Para alcançar este estágio democrático foi preciso deixar para trás um período de provação majoritariamente amparado no sobrenatural, com mecanismos de provas irracionais e simbólicos, realizados notadamente por meio de rituais religiosos. Assim, quando emergiu os ideais humanistas do iluminismo, a era da vingança privada e da tortura cedeu espaço para o respeito às garantias individuais e ao direito a um julgamento digno.

A partir de tal perspectiva, o cuidado na obtenção e no uso de provas foi uma crescente, apesar de pontuais retrocessos, como o período ditatorial no Brasil que recorreu ao uso da tortura como meio probatório, pode-se inferir que o respeito à prova evoluiu no curso do processo penal.

Desse modo, o estudo apresentou a impossibilidade de se utilizar provas ilícitas durante o procedimento legal, distinguindo estas das provas ilegítimas. Foi demonstrado que provas ilícitas se constituem como violação a uma norma material,

já as ilegítimas afrontam norma processual, sendo nesta diferença que se assenta a permissibilidade legal ao uso de determinadas provas no exercício da atividade probatória.

Nesse sentido, foi apontado o uso das gravações clandestinas e a quebra de sigilo bancário explicitada na Lei Complementar nº 105/2001, como exemplos legais da possibilidade de se alcançar a verdade real dos fatos, por meio de provas aparentemente ilegítimas.

Tal relativização da prova só se apresenta possível quando um interesse maior se encontra ameaçado, seja este coletivo ou individual. Assim, o estudo apontou que estando direitos positivados em conflito, a valoração comparativa é a medida a ser aplicada, devendo ser observados princípios como a proporcionalidade e a razoabilidade, a fim de se nortear o processo penal democrático.

Desse modo, constituindo-se a prova de natureza constitucional e existindo limites no exercício da atividade probatória, o presente estudo constatou que tais limites podem ser alargados, a depender do caso concreto, objetivando preservar liberdades individuais ou interesses coletivos, como forma de se resguardar um bem maior, flexibilizando a norma constitucional, por meio da ponderação de valores fundamentais, no curso do devido processo legal.

Nessa perspectiva, pode-se inferir que o processo penal democrático é fruto de uma evolução social moral, onde valores éticos e humanizadores foram absorvidos pelo Estado, mitigando seu poder punitivo, constituindo-se assim um ponto de equilíbrio diante da natureza repressiva do Direito penal. Tal equilíbrio garante a eficácia do estado processual penal democrático, o qual preza pelo respeito aos direitos individuais do acusado, sem descuidar da tutela coletiva, priorizando, sempre que possível, uma política criminal preventiva e reparadora, a fim de proteger a dignidade da pessoa humana e os valores constitucionais dela decorrentes.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. Alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem do direito dos povos**. 8.ed., São Paulo: Ícone, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Antônio Carlos Campana, São Paulo: José Butshasky, 1978.

BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquirições**: Portugal, Espanha e Itália – Ed II. Lisboa: Temas e Debates, 1995

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acessado em 26 fev/2021.

BRASIL. **Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código penal. Diário Oficial da União. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acessado em 26 fev/2021.

BRASIL. **Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Diário Oficial da União. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acessado em 26 fev/2021.

BRASIL. **Lei 8.021, de 12 de abril de 1990**. Dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8021.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8021.htm). Acessado em 12 mar/2021

BRASIL. **Lei 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm). Acessado em 12 mar/2021

BRASIL. **Lei Complementar nº 105**, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm). Acessado em 12 mar/2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma Primeira, **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.390**. Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 24.02.2016. Data da publicação DJ: 21.10.2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899965>. Acesso em 28/mar.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça, 2ª Turma, **Recurso Especial n. 1561191/SP**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de julgamento: 19.04.2018, Data de publicação: DJe 26.11.2018.

BRÁZ. José Alberto Campos. **Evolução histórica da prova em processo penal do pensamento mágico à razão**. Dissertação em Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses. Universidade de Lisboa. Lisboa. 2017. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37100/3/ulfd135579\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37100/3/ulfd135579_tese.pdf). Acesso em 08 mar. 2021.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho; BARRETO, Pablo Coutinho. **O sigilo de dados bancários no Brasil, ontem e hoje**: entre o direito á intimidade e o dever de compartilhamento. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, v. 30, n. 01, p.55 -77. Jan/Jun 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/36822>. Acesso em: 19/mar/2021.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Ed. Coimbra. v. 1. 1981.

FARIAS, Cleanto Beltrão de. SOUZA, Jacyara Farias. **Os direitos e garantias fundamentais em face das provas ilícitas no direito processual penal**. Universidade Federal do Ceará (UFC).2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9cf2af1403d6f96d>. Acesso 26/mar/2021

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O direito a prova no processo penal**. Revista dos Tribunais. 1997.

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e prova no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual do Processo Penal**. v.único. Salvador: Juspodivm. 2019.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo. Saraiva. 2016.

MARQUES, Gladston de Jesus. **A busca da verdade real em detrimento do princípio da vedação de provas ilícitas no processo penal**. Revista Âmbito Jurídico nº 164 – Ano XX – Outubro/2017.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prova criminal: retrospectiva histórica: modalidade, valoração, incluindo comentários sobre a lei 9.296, de 24.07.96**. Curitiba: Juruá, 1996.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sigilo Bancário e Tributário**. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação infraconstitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 13. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo. Atlas. 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23 ed., São Paulo. Atlas. 2015.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. v. II. Lisboa: Verbo Ed., 2002.

SILVA, Valine Castaldelli; PAULO, Alexandre Ribas de. **Uma visão garantista sobre prova penal produzida de ofício pelo magistrado frente ao processo penal constitucional**. Revista Jurídica Cesumar. jan/abr, v. 19, n. 1, p. 175-195. 2019.

SOUZA NETO, José Laurindo de. O núcleo indisponível do direito fundamental da proibição da prova ilícita no Brasil. **Revista jurídica luso brasileira**, ano 2, nº 6, p. 715-743. 2016. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/6/2016\\_06\\_0000\\_Capa.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_0000_Capa.pdf). Acesso em: 26. fev. 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, v. 3, São Paulo: Saraiva, 2013.

## RESOLUÇÃO n°038/2020 – CEPE

### ANEXO I

#### APÊNDICE ao TCC

##### Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

O(A) estudante MARCELA ALVES LEMOS do Curso de DIREITO, matrícula 2016.1.0001.0695-7, telefone: (62) 98497-0030 e-mail [marcelalemosa@gmail.com](mailto:marcelalemosa@gmail.com), na qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei nº 9.610/98 (Lei dos Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado GARANTIAS FUNDAMENTAIS E OS MEIOS DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL: APLICABILIDADE, EFETIVIDADE E PONDERAÇÃO, gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato especificado (Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND); Vídeo (MPEG, MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 27 de Maio de 2021.

Assinatura do(s) autor(es): Marcela Alves Lemos

Nome completo do autor: MARCELA ALVES LEMOS

Assinatura do professor-orientador: Marina Rúbia Mendonça Lôbo

Nome completo do professor-orientador: MARINA RÚBIA MENDONÇA LÔBO