

CURSO DE DIREITO

Maribel Wilmar

**A (IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL À LUZ
DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Santa Cruz do Sul
2015

Maribel Wilmar

**A (IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL À
LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Ms. Cristiano Cuozzo Marconatto
Orientador

Santa Cruz do Sul

2015

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Maribel Wilmar adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 04 de novembro de 2015.

Prof. Ms. Cristiano Cuozzo Marconatto
Orientador

À minha mãe Isolde, por ser meu maior exemplo de vida e a principal responsável pela minha formação pessoal, bem como por todo apoio dado desde sempre para que eu pudesse alcançar meus objetivos.

E à Vinicius, por estar presente em minha vida, me dando suporte indispensável e por ser a razão dos meus dias.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família pelo incentivo, e constante torcida pela minha vitória, em especial à minha mãe Isolde que, mesmo de longe, sempre me apoiou e deu forças para não desistir.

Ao meu companheiro Vinícius pela paciência e compreensão e principalmente pelo suporte indispensável durante toda esta caminhada.

Ao professor, Ms. Cristiano Cuozzo Marconatto, pelo encorajamento, dedicação e conhecimentos transmitidos, indispensáveis na realização desta monografia.

À todos que acreditaram em mim e que de alguma forma colaboraram para a realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo analisar a (im)possibilidade de aproveitamento das provas ilícitas, bem como daquelas derivadas das ilícitas, no âmbito do processo penal. Pretende-se através de ampla e relevante pesquisa literária sobre o referido tema, analisar, discutir e apresentar os principais aspectos teóricos que envolvem essa problemática. Para tanto, utiliza-se a metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura e comparação das teorias dos principais autores do Direito que tratam desse problema. Partindo-se do pressuposto de que tanto a Constituição Federal, como o Código de Processo Penal, vedam a utilização das provas ilícitas, busca-se trazer os posicionamentos de renomados doutrinadores acerca da teoria da árvore dos frutos envenenados, e de como a introdução de outras teorias, como a da fonte independente e da descoberta inevitável, estão minimizando a vedação das provas ilícitas e das derivadas com a utilização das mesmas dentro do processo. Almeja-se trazer ainda uma análise da posição dos tribunais brasileiros e demonstrar através de decisões advindas destes, a (in)admissibilidade das provas ilícitas tanto em favor do réu, como em favor da sociedade. Da mesma forma, considerando os principais aspectos atinentes à literatura em foco, o tema das provas ilícitas se apresenta como fundamental e de grande relevância na esfera jurídica, já que é com base nas provas que o juiz extrairá os elementos para formar sua convicção, na busca de soluções para os conflitos a ele trazidos.

Palavras-chave: prova ilícita; proporcionalidade; *pro reu*; *pro societate*; admissibilidade.

ABSTRACT

This course conclusion work aims to analyze the (im) possibility of use of illegal evidence, as well as those derived from illegal under the criminal proceedings. It is intended through extensive and relevant literary research on the said topic, analyze, discuss and present the main theoretical aspects involving this problem. For this, it uses the bibliographical research methodology consists basically in reading and comparison of theories lead author of the law that deal with this problem. Starting from the assumption that both the Federal Constitution, such as the Code of Criminal Procedure prohibit the use of illegal evidence, seeks to bring scholars renowned positions on the theory of the tree of the poisoned fruit, and the introduction of other theories, such as the independent source and the inevitable discovery, are minimizing the sealing of illegal evidence and derived using the same within the process. Aims to bring even an analysis of the position of the Brazilian courts and demonstrate through decisions arising from these, the (in) admissibility of illegal evidence both in favor of the defendant, as in favor of the company. Similarly, considering the main aspects related to the focus on literature, the issue of illegal evidence is presented as a fundamental and very important in the legal sphere, since it is based on evidence that the judge will extract elements to form his belief in search for solutions to the conflicts it brought.

Words-key: illegal evidence; proportionality; pro reo; pro societate; admissibility.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DA PROVA NO PROCESSO PENAL	11
2.1	Breve histórico acerca da prova	11
2.2	Conceito e finalidade da prova	13
2.3	Princípios gerais das provas	16
2.3.1	Princípio da busca da verdade real.....	17
2.3.2	Princípio da comunhão das provas	18
2.3.3	Princípio do livre convencimento motivado.....	18
2.3.4	Princípio da audiência contraditória	19
2.3.5	Princípio da vedação da prova ilícita	20
2.3.6	Princípio da oralidade	21
2.4	Meios de prova.....	21
2.5	Classificação das provas	22
2.6	Ônus da prova.....	23
2.7	Procedimento probatório	25
3	DA PROVA ILÍCITA	27
3.1	Distinção entre prova ilícita e prova ilegítima.....	27
3.2	Sistema de aferição da prova ilícita	29
3.3	Teoria dos frutos da árvore envenenada.....	31
3.4	Posicionamentos dos Tribunais sobre a aplicação da teoria e suas derivações	36
4	O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM MATÉRIA DE PROVAS NO PROCESSO PENAL	43
4.1	Limites da utilização das provas ilícitas frente ao princípio da proporcionalidade.....	44
4.1.1	Da prova ilícita <i>pro reo</i>	45
4.1.2	Da prova ilícita <i>pro societate</i>	47
5	CONCLUSÃO.....	50
	REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

As questões relacionadas às provas são de grande importância para o processo penal, já que é através delas que se estabelece a existência ou inexistência dos fatos, para que o juiz possa formar seu convencimento. Porém, como qualquer outro direito, o direito à prova não é absoluto, incidindo limitações, tendo em vista que, em regra, há direitos fundamentais que devem ser observados, diante de casos concretos, para obtenção de provas.

Em matéria processual, quando se fala em prova, o que se objetiva é definir qual a verdade que pretende-se encontrar, e, partindo disso, buscar por uma reconstrução do passado que será possível a partir das provas adquiridas nesse percurso. Porém, as provas possuem, por si só, suas limitações.

A decisão dos julgadores estando restrita aos limites provenientes das provas, poderá em determinados casos resultar em decisões errôneas, já que algumas vezes as provas nem sempre revelam a realidade dos fatos. Ainda, em algumas situações surge a possibilidade de se obter decisões mais justas sobre um conflito, que poderá ser baseado em uma prova considerada ilícita, mas que é a resposta para garantia efetiva da justiça.

Nesse sentido e, diante do Estado Democrático e Social de Direito em que se vive, com ênfase na valorização dos direitos fundamentais, questiona-se a respeito da possibilidade de utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos, com fundamento no princípio da proporcionalidade.

Eis o objeto de estudo do presente trabalho, que pretende analisar a (im)possibilidade da admissão das provas ilícitas no processo penal, à luz do princípio da proporcionalidade, uma vez que a compreensão desta (im)possibilidade é de suma importância, considerando que a prova é no processo a ferramenta de análise do julgador, e é desta ferramenta que ele extrairá os elementos para expor sua convicção.

Buscou-se, assim, primeiramente uma breve análise histórica acerca da prova, e de sua utilização de um modo geral, definindo seu conceito e finalidade, passando ao estudo dos princípios gerais da mesma, já que todos os ramos do Direito possuem princípios norteadores que, também em âmbito processual penal, influenciarão a produção e valoração das provas.

Em seguida, serão verificados os meios de prova, ou seja, as formas pelas quais poderão ser produzidas as provas, e a classificação das mesmas no âmbito

processual penal com base nas definições que a doutrina concede a este tema, sem deixar de falar sobre a questão do ônus da prova, vale dizer, a quem compete a produção desta.

No âmbito do Inquérito Policial, cujo conteúdo é informativo, será verificado a aplicação do mesmo e sua condição como valor probatório, tendo em vista que no Inquérito os elementos de informação não são colhidos sob o amparo do contraditório e da ampla defesa, nem mesmo na presença do juiz.

Ainda, sobre o aspecto geral da prova, será analisado o procedimento probatório e feita uma análise sobre as fases estabelecidas pela doutrina, a fim de estabelecer a verdade dos fatos de determinados casos.

Na sequência, será tratada a questão das provas ilícitas no processo penal, consideradas aquelas obtidas por meios ilícitos, como por exemplo a interceptação telefônica sem autorização, quebra de sigilo bancário, violação de correspondência, entre outras. Aqui será feita breve distinção entre provas ilegítimas e ilegais, tendo em vista que ampla doutrina se utiliza de tal diferenciação, mas destacando que com a edição da Lei n. 11.690/2008, tal distinção foi pacificada, pois a partir da referida lei não faz mais diferença entre norma material ou processual, tendo ambas a mesma consequência jurídica, qual seja o desentranhamento do processo.

Ao falar do desentranhamento, será estudado o sistema de aferição da prova ilícita, sendo aquele que segue o artigo 157 do Código de Processo Penal, buscando junto a doutrina a cerca do momento do desentranhamento no processo.

Sendo a prova ilícita o tema principal deste trabalho, serão objeto de estudo as teorias acerca da mesma, iniciando pelas provas derivadas das ilícitas, partindo da teoria dos frutos da árvore envenenada, objetivando estabelecer sua origem e definição, bem como a aceitação pela doutrina e também pela jurisprudência, mostrando tanto os posicionamentos favoráveis como os contrários.

Serão analisadas, da mesma forma, as teorias que permitem a utilização das provas ilícitas e derivadas, dando ênfase para a teoria da fonte independente e da descoberta inevitável, quando oportunamente serão expostos os entendimentos dos tribunais e as correntes que defendem e condenam as mesmas.

Por fim, sobre o cabimento das provas ilícitas, será abordado sua relação com o princípio da proporcionalidade, sendo este a base fundamental pelo qual a prova ilícita ou derivada poderá ser aproveitada no processo, dependendo logicamente de cada caso concreto. Assim, primeiramente tratar-se-á da proporcionalidade no geral, e, posteriormente, sua utilização na (in)admissibilidade da prova ilícita, tanto a favor

do réu (*pro reo*), quanto a favor da sociedade (*pro societate*), ou seja, a favor da acusação, bem como serão analisados os posicionamentos dos Tribunais Superiores sobre os referidos temas.

A fim de viabilizar a presente pesquisa, a metodologia utilizada será baseada no método hermenêutico, respaldada na interpretação e compreensão da matéria relatada neste trabalho. A pesquisa será desenvolvida através de fontes bibliográficas, com base em livros e artigos já publicados sobre o tema e materiais elaborados, bem como através da pesquisa de jurisprudência dos nossos tribunais.

2 DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Ao tratar-se de processo penal, para que possa o juiz, chegar a uma conclusão e imputar a responsabilidade pela prática de um crime a determinada pessoa, é necessário que haja certeza de que houve o crime e da autoria do mesmo. Os elementos para formar tal convicção são produzidos pelas partes dentro do processo e são o que chamamos de provas (RAUBER, 2001).

Instituto de ímpar importância no processo, notadamente no processo penal, a prova que deve ser colhida mediante contraditório judicial, onde seja oportunizada a ampla defesa. Das palavras de Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 388), extrai-se o sentido para o termo prova, que conforme ele descreve, são três:

a) *ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a veracidade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. (Grifo original).

Partindo desta ideia inicial, deve-se levar em conta que o processo penal, conforme explica Goldschmidt (1936), citado por Lopes Junior (2011, p. 517):

é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução, aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará a reconstrução do fato passado (crime). O tema probatório é sempre a afirmação de um fato (passado), não sendo as normas jurídicas, em regra, tema de prova.

Antes de se adentrar no estudo mais específico acerca da prova, passa-se a fazer uma breve retrospectiva acerca de sua origem e evolução.

2.1 Breve histórico acerca da prova

A busca pela construção da verdade deparou-se, ao longo da história do Direito, com diversos métodos de obtenção desta verdade, desde a Idade Média com as ordálias e juízo dos deuses, quando o acusado era submetido a uma prova física que, quando superada, sua pretensão seria tida como verdadeira, até ser introduzido o método racional nos meios de prova (OLIVEIRA, 2011).

Tourinho Filho (1992), citado por Oliveira (2011, p. 327-328), ao tratar do sistema ordálico, cita os seguintes exemplos:

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

Com o fim dos ordálios, foi concedido ao juiz ampla liberdade em busca da verdade, surgindo então o sistema da íntima convicção. Neste sistema, o juiz não era obrigado a expor os motivos de sua decisão, dando as provas o valor que ele considerava justo, de acordo com a sua convicção íntima. Tal sistema, atualmente, pode ser verificado no Tribunal do Júri, quando os jurados decidem de forma sigilosa, conforme a íntima convicção de cada um, sem que seja necessário exteriorizar os fundamentos da decisão (TOURINHO FILHO, 2011).

Findo o sistema da íntima convicção, explica Tourinho Filho (2011, p. 575), surgiu o sistema das provas legais ou tarifadas,

que suprimia ou restringia a faculdade da apreciação das provas. Trata-se de sistema diametralmente oposto ao da íntima convicção. Enquanto naquele o legislador demonstra sua desconfiança no juiz, neste (íntima convicção) há inteira e absoluta confiança.

Tal sistema, onde o legislador é quem procedia à valoração prévia, dando às provas um valor fixo e imutável, se revelou, nas palavras de Oliveira (2011, p. 339, grifo original) como sendo uma faca de dois gumes, já que para obtenção da “condenação, era necessária a obtenção de um certo número de pontos, quando não se chegava a esse número a prova era obtida a partir da tortura, já que essa fazia prova *plena*”.

Atualmente, o sistema adotado pelo Código de Processo Penal Brasileiro é o da livre convicção, onde se admitem todos os meios de prova e o juiz possui liberdade para dar valor as provas. Este sistema permite ainda que o juiz possa, antes mesmo de ser iniciada a ação penal, ordenar que sejam produzidas provas antecipadas, se forem consideradas como urgentes e de relevância conforme estabelece o artigo 156, I CPP.

Desta forma, Oliveira (2011, p. 328) conclui que:

de uma verdade inicialmente revelada pelos deuses a outra, produzida a partir da prova racional, submetida ao contraditório e ao confronto dialético dos interessados em sua valoração, o Direito, em geral, [...] sempre se ocupou da reconstrução dos fatos tidos por delituosos. Ora com a preocupação voltada exclusivamente para a satisfação dos interesses de uma não bem definida *segurança pública*, ora com a atenção também dirigida para a proteção dos interesses do acusado, sobretudo quando este passou a ocupar a posição de sujeito de direitos *no processo*, e não *objeto do processo*. (Grifo original).

Assim, por mais complicado que seja, é compromisso da atividade jurisdicional a busca pela construção da verdade, sendo o processo responsável pela construção da certeza cuja pretensão é resolver situações de conflito, objetos da jurisdição em todos os âmbitos.

2.2 Conceito e finalidade da prova

Ao se buscar o conceito de prova, parte-se da ideia que a prova está diretamente ligada à construção da verdade no processo, já que, conforme explica Tourinho Filho (2010, p. 553) o significado de prova é:

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

Capez (2013, p. 372) por sua vez, define prova como:

o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz [...] e por terceiros (p. ex. peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção a cerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar uma alegação. (Grifo original).

A palavra tem origem do latim *probatio*, que provem, por sua vez, do verbo *probare*, possuindo o significado de examinar, persuadir, demonstrar (GRECO FILHO, 2013).

Nas palavras de Oliveira (2011, p. 327) o objetivo da prova é definido com clareza como sendo:

a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos

fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade. (Grifo original).

Para Capez (2013, p. 372), sua importância fica clara tendo em vista que:

as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

Sendo a prova um instrumento para formar a convicção do julgador, sua natureza jurídica não poderia ser outra que não um direito subjetivo ligado ao direito de ação e de defesa (NICOLITT, 2013), que possui como destinatário o juiz.

Rangel (2009, p. 424) define que a natureza jurídica da prova é “[...] de um direito subjetivo de índole constitucional de estabelecer a verdade dos fatos que não pode ser confundido com o ônus da prova”.

A partir do conceito de prova, pode-se afirmar que sua principal finalidade é o convencimento do juiz, como explica Rangel (2009) quando afirma ser através dela que se objetiva levar ao conhecimento do juiz os fatos alegados pelas partes com intenção de convencê-lo de sua veracidade.

No mesmo sentido, Greco Filho (2013, p. 212) ao dizer que “no processo penal a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz”.

Lopes Junior (2011, p. 518) explica seu ponto de vista analisando o processo penal e a reconstrução do passado, quando diz que:

através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade cognitiva [...]. É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nela admitida integram o que poderia chamar de *modos de construção do convencimento* do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença. (Grifo original).

Esclarecida a finalidade da prova, cabe agora salientar em que consiste seu objeto, que nada mais é do que os fatos que se buscam afirmar ou refutar no processo. Porém, não são todos os fatos que devem se sujeitar a atividade probatória, conforme aponta Greco Filho (2013, p. 213):

Em primeiro lugar, apenas os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los; os fatos impertinentes, isto é, não relacionados com a causa, devem ter sua prova recusada pelo juiz, sob pena de se desenvolver atividade inútil. Além de pertinentes, só devem ser provados os fatos relevantes, que são os que podem influir, em diferentes graus, na decisão da causa. Os fatos irrelevantes são, na realidade, também impertinentes. [...] conclui-se que o objeto da prova, referida a determinado processo, são os fatos pertinentes, relevantes, e não submetidos a presunção legal.

Capez (2013), por sua vez, define como objeto da prova aqueles fatos que influenciam na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena, por isso sendo necessária a comprovação. Há de ser pontuado aqui que não se pode confundir objeto da prova, acima explicado, com objeto de prova, sendo este o mesmo que dizer sobre fatos ou coisas que precisam ser provados, já que fatos notórios não necessitam de prova (RANGEL, 2009).

Assim, percebe-se que a prova serve não somente para convencer o magistrado, mas para embasar sua decisão. Rangel (2009) afirma inclusive que as partes são também interessadas e, por consequência, destinatárias secundárias ou indiretas das provas, pois é através das provas que elas poderão conformar ou não com a decisão final.

No âmbito do Inquérito Policial, cujo conteúdo é informativo, e tem como finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, elementos necessários para que seja proposta ação penal, Capez (2013, p. 122) acredita que tal instituto possui valor probatório, mas não de caráter absoluto “[...] haja vista que os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito”.

Ainda, nas palavras de Capez (2013), este entendimento se tornou cediço com a redação do artigo 155, CPP, determinada pela lei 11.690/2008:

Art. 155: o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008, 2008)

Para Rangel (2011, p 81), o valor probatório do inquérito só pode ser considerado na medida em que os elementos colhidos nesta fase sejam analisados em conjunto com as provas colhidas no processo:

[...] a lei veda, expressamente, que o juiz condene o réu com base apenas nas provas [...] colhidas durante a fase do inquérito policial, sem que elas sejam corroboradas no curso do processo judicial sob o crivo do

contraditório, pois a instrução policial ocorre sem a cooperação do indiciado e, portanto, inquisitorialmente. [...] Prova é o que consta do processo judicial, sob o crivo do contraditório.

Assim, ainda que com amparado nos princípios da livre apreciação das provas e da verdade real, deve haver compatibilidade com o contraditório, para que haja tratamento igual, pois “não pode haver verdade, se é que ela existe, ouvindo-se apenas uma das partes” (RANGEL, 2009, p. 75).

2.3 Princípios gerais das provas

Entre os muitos significados de princípio, Silva (1992), citado por Nucci (2012, p. 41), é inegável concordar que “juridicamente, o princípio é, sem dúvida, uma norma, porém de conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo”.

No entendimento de Nucci (2012, p 41),

os princípios são normas com elevado grau de generalidade, passível de envolver várias situações e resolver diversos problemas, no tocante a aplicação de normas de alcance limitado ou estreito. [...] o sistema normativo carece de otimização, algo que pode ser realizado pela priorização dos princípios, ainda que em detrimento de normas específicas. [...] seu valor emerge justamente da coexistência com o corpo legislativo existente, regendo e integrando as normas vocacionadas a solucionar determinados assuntos, conferindo consistência ao ordenamento como um todo.

Segundo Rangel (2009), os princípios são as diretrizes, o marco inicial de todo um sistema desenvolvido que visa a estruturação de uma determinada categoria do direito. Nesse sentido, é de suma importância a análise dos princípios constitucionais em matéria probatória, tendo em vista que deles se origina toda a construção da dogmática jurídica processual.

Alguns autores afirmam que princípio se distingue de norma, já que esta contém uma regra. Divergindo de tal conceituação, Silva (2012, p. 92) explica que “os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”. Canotilho e Moreira (1991), citados por Silva (2012, p. 92), definem que os princípios são:

núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais. [...] os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.

Possuindo as provas alguns princípios próprios, que lhe são peculiares, passa-se a analisá-los.

2.3.1 Princípio da busca da verdade real

Conforme já apontado, o processo penal busca, fundamentalmente, a reprodução de fatos para que, através da reconstrução do passado, chegue-se a solução mais justa de determinado conflito. Nesse ponto, não há como falar em provas, e a busca pela verdade, sem tratar do referido princípio, apontado por muitos doutrinadores como o escopo primordial do processo penal.

Porém, o princípio da verdade real, encontra na doutrina, diversas opiniões acerca de seu significado, relevância e existência, já que para alguns, é impossível extrair retrato fiel da realidade de um crime.

Nesse sentido, ensina Malatesta (1960), citado por Nucci (2012) a respeito do sentido da verdade, que esta é a

conformidade da noção ideológica com a realidade e que a certeza é a crença nessa conformidade, gerando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, sendo possível que essa crença não corresponda à verdade objetiva. Portanto, pode afirmar-se que certeza e verdade nem sempre coincidem; por vezes, duvida-se de que objetivamente é verdadeiro; e a mesma verdade que parece certa a um, a outros parece por vezes duvidosa.

Conforme explica Nicolitt (2013, p. 369), o princípio da verdade real “[...] impõe que o juiz tenha atividade instrutória por não poder se contentar com a verdade trazida pelas partes”. Inclusive, referido autor acredita que este princípio não existe na esfera processual penal.

Não se busca aqui aprofundar a discussão a respeito da existência ou não de verdade real, já que a maioria dos doutrinadores estudados afirma que mostra-se impróprio a utilização deste princípio, tendo em vista que a verdade no âmbito processual penal é uma verdade construída pelas partes e depende do que as mesmas trouxeram a juízo.

O que pode ser levado em consideração no entanto, no que diz respeito a este princípio, é que, conforme explica Avena (2009, p. 32), “no processo penal, o juiz possui o dever de apurar os fatos com intuito de descobrir como estes efetivamente ocorreram”.

Conforme aponta Nucci (2012, p. 115) a busca pela verdade não quer dizer a

ilimitada possibilidade de produção de provas, “pois há vedações legais que necessitam ser respeitadas, como por exemplo, a proibição da escuta telefônica, sem autorização judicial”. No entanto, será tratado com maior ênfase do assunto das provas ilícitas mais adiante, nos capítulos reservados para tanto.

2.3.2 Princípio da comunhão das provas

As provas produzidas não pertencem exclusivamente à quem as produziu, mas sim servem a ambas as partes, já que na verdade elas pertencem ao processo, pois o objetivo da prova é justamente de formar a convicção do julgador (CAPEZ, 2013).

Rangel (2009, p. 425) completa a explicação dizendo que este princípio:

é um consectário lógico dos princípios da verdade real e da igualdade das partes na relação jurídico-processual, pois as partes, a fim de estabelecer a verdade histórica nos autos do processo, não abrem mão do meio de prova levado aos autos.

No sentido de que não há um titular da prova, e sim um proponente, exemplifica Nucci (2012, p. 116) que:

as testemunhas de acusação, por exemplo, não são arroladas pelo promotor unicamente para prejudicar o réu; do mesmo modo, as testemunhas de defesa não estão obrigadas a prestar declarações integralmente favoráveis ao acusado. Inserida no processo, a prova tem a finalidade de evidenciar a verdade real, não mais servindo ao interesse de uma ou outra parte.

A comunhão da prova significa que tanto acusação quanto defesa produzirão provas acerca de suas alegações, mas tais provas servirão ao processo e não somente à parte que a propôs, de modo que uma prova produzida pela acusação, por exemplo, poderá servir de fundamento para absolver o acusado e vice versa.

2.3.3 Princípio do livre convencimento motivado

Não sendo as provas previamente valoradas, explica Capez (2013) que o julgador possui liberdade para apreciá-las, valorando as mesmas conforme sua apreciação, todavia ficando restrito aquilo que consta nos autos. A motivação do magistrado deve ser calcada nas provas produzidas mediante contraditório judicial,

não podendo, por exemplo, embasar um juízo condenatório pelas provas produzidas na fase inquisitorial.

Ao tratar deste princípio, Nicollit (2013, p. 368) afirma haver exceções:

no julgamento perante o Tribunal do Júri, prevalece o princípio da íntima convicção. Os jurados, juízes do fato, estão dispensados de motivar sua decisão e portanto, seu convencimento se dá de forma íntima, sem ser externado ou revelado qual elemento probatório o formou, podendo ter sido formado inclusive por fatos estranhos ou alheios ao processo, próprios da cultura e da sociedade local.

Ainda, sobre as exceções a este princípio, Nicolitt (2013) cita a discussão que envolve crimes que deixam vestígios, havendo divergência doutrinária quanto à necessidade da realização da perícia, já que preceitua o art. 158, CPP, que nestes casos será indispensável o exame de corpo de delito e que a confissão do acusado não poderá supri-lo. Esta exigência atenua a liberdade de apreciação da prova, e por isso se trataria de critério legal de aferição de prova, o que a doutrina chama de prova tarifada.

Porém, a doutrina majoritária afirma que tal critério não é absoluto, podendo ser suplantado diante de outras provas que igualmente sejam produzidas ao abrigo do contraditório e da ampla defesa, como é o caso de um homicídio, por exemplo, onde a falta do corpo da vítima (corpo de delito) não impedirá eventual condenação, se por outros elementos de prova for possível afirmar a convicção do magistrado.

2.3.4 Princípio da audiência contraditória

Este princípio, segundo Capez (2013, p. 414), significa que “toda prova admite contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte”.

Complementam Souza e Silva (2008, p. 212), que encontra-se neste princípio “a ideia de democracia participativa na produção da prova, através de um procedimento que garanta que a disputa entre as partes se desenvolva com lealdade e paridade de oportunidades”.

Nas palavras de Nucci (2012, p. 94, grifo original), tal princípio

deve ser exercitado quando houver alegação de direito. Nesse caso, deve-se verificar se a questão invocada pode colocar fim à demanda. Exemplo disso é a alegação de ter havido *abolitio criminis* (quando a lei nova deixa de considerar crime determinada conduta), que deve provocar a oitiva da

parte contrária, pois o processo pode findar em função da extinção da punibilidade.

O contraditório, em matéria probatória, é princípio constitucional, insculpido no Art. 5º, LV, CF, de onde se extrai que o mesmo mostra-se oportuno no momento em que tanto acusação como defesa requerem a produção das provas para apresentarem suas teses acerca do fato, e da mesma forma do direito que possuem de participar dessa realização e manifestar-se sobre o resultado.

2.3.5 Princípio da vedação da prova ilícita

O conceito de prova ilícita será aprofundado no transcorrer desta pesquisa, porém, necessário se faz esclarecer do que trata este princípio, já que é de fundamental importância para a discussão do tema principal deste trabalho.

No entendimento de Nucci (2012, p. 351) referido princípio,

significa a proibição de se valer de provas – elementos destinados à demonstração da verdade, persuadindo o julgador – maculadas pelo vício de origem, vez que extraídas por mecanismos ilícitos. De nada adiantaria a formação de um processo repleto de garantias constitucionais, focado no juiz e no promotor imparciais, com direito à ampla defesa e ao contraditório, realizado publicamente, para a segurança de todos, além de formalizado por inúmeras regras garantistas se o principal núcleo de avaliação, voltado à apuração da verdade dos fatos, estivesse manchado pela ilicitude.

Conforme estabelece a Constituição Federal em seu art. 5º, LVI, como direito e garantia fundamental, são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.

A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que **não admite** a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. [...] Hodiernamente, o grande embate é entre normatividade e efetividade dos direitos previstos na Constituição, ou seja, estão previstos, disciplinados, consagrados (normatizados), mas não são garantidos, aplicados, concedidos (efetivados). [...] A prova obtida por meios ilícitos enquadra-se na categoria de prova vedada, que, se admitida e valorada pelo juiz em sua sentença, acarreta nulidade (RANGEL, 2009, p. 427, grifo original).

Assim, o que é vedado, segundo Rangel (2009), é a admissão das provas, e se admitidas não deveriam ser valoradas pelo julgador, devendo ainda ser consideradas como se não existissem no plano jurídico.

2.3.6 Princípio da oralidade

O que deve predominar no processo é a palavra falada, já que os depoimentos são orais, e não poderão ser substituídos por outros meios. Deste princípio decorrem subprincípios como o da imediatividade do juiz e o princípio da concentração (CAPEZ, 2013).

Referente ao princípio da imediatividade, pode-se entender que “o magistrado deve ter contato direto com a prova produzida, formando mais facilmente sua convicção” (NUCCI, 2012, p. 115).

E com relação ao princípio da concentração, Nucci (2012, p. 115) explica que “toda colheita de prova e o julgamento devem dar-se em uma única audiência ou no menor número delas”.

Capez (2013), afirma ainda que tal princípio ficou ainda mais evidente com a reforma processual penal através das Leis nº 11.689/2008 e 11.719/2008, visando com isso maior celeridade dos atos.

2.4 Meios de prova

O Código de Processo Penal elenca nos artigos 158 a 250 as provas admitidas pelo ordenamento jurídico, porém, não se trata de um rol exaustivo, mas meramente exemplificativo, pois todas as provas consideradas constitucionais, ainda que não previstas expressamente na legislação, serão admitidas no processo penal. Ainda, a Lei n. 12.850/13, ao tratar da investigação do “crime organizado”, elenca outras modalidades de prova, cuja aplicabilidade se dará no âmbito dos crimes por ela abrangidos, tendo em vista a complexidade e as peculiaridades investigativas que revestem tais situações.

Meio de prova é tudo que pode vir a ser utilizado como comprovação da verdade, seja testemunha, documento, perícia, reconhecimento, podem ser considerados como meio de prova (TOURINHO FILHO, 2010).

Em relação à limitação dos meios de prova e sua possibilidade no processo penal, Capez (2013, p. 408) considera tal situação inadmissível, pois conforme ele mesmo explica:

vigora no direito processual penal o princípio da verdade real, de tal sorte que não há de se cogitar qualquer espécie de limitação à prova, sob pena de se frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei. Tanto é verdade essa afirmação que a doutrina e jurisprudência são unânimes em assentir que os meios de prova elencados no Código de Processo Penal são

meramente exemplificativos, sendo perfeitamente possível a produção de outras provas, distintas daquelas ali enumeradas.

Rangel (2011, p. 455) dispõe que os meios de prova podem ser tanto aqueles descritos na lei, como os demais considerados moralmente legítimos, mesmo que a lei não tenha previsão sobre eles, sendo estas as chamadas provas inominadas.

A afirmação de Rangel vai ao encontro do artigo 332 do Código de Processo Civil, relativamente aos meios de prova moralmente legítimos, mesmo aqueles não previstos na lei, são capazes de provar a verdade dos fatos.

No entendimento de Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2002, p. 129), o “direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado, por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório [...], não é absoluto, encontrando limites”.

Exemplos dessa limitação podem ser percebidos nos impedimentos de pessoas que em razão da função devam guardar segredo, conforme dispõe o artigo 207 do CPP. Ainda, no artigo 155, do mesmo diploma legal, estabelece restrições à prova na lei civil, quando tratar do estado das pessoas, ou também no artigo 206 que faz referência a recusa de depor consentida aos parentes e afins do acusado (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2002).

Com o advento da Lei 11.690/2008, o legislador reforçou essa limitação, quando da nova redação do artigo 155, CPP, *caput*, ficou estabelecido o seguinte:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008, 2008).

Ainda, no tocante às alterações advindas da Lei 11.690/2008, Capez (2013) acrescenta que o legislador previu de forma expressa no artigo 157, CPP, a vedação da utilização das provas ilícitas, bem como daquelas derivadas destas.

Em relação às provas ilícitas e sua proibição, que são objeto principal deste trabalho, a explanação será feita devidamente nos capítulos que seguem.

2.5 Classificação das provas

A doutrina apresenta diversas formas de classificação das provas, havendo oscilação entre os autores sobre quais os critérios que devem ser adotados. Para

fins desta pesquisa, adotar-se-á a classificação de Capez (2013).

Quanto ao objeto que nada mais é do que o fato que necessita ter sua existência provada, e essa prova pode ser direta, referindo-se diretamente ao fato *probando*; ou indireta, quando leva-se em conta outros fatos de natureza secundária, mas que continuam mantendo relação com o primeiro.

Quanto ao efeito, a prova se subdivide em plena ou não plena. A primeira, quando for em relação a prova convincente para a formação do juízo de certeza. A segunda, quando tratar-se de prova que possua um juízo de mera probabilidade, não exigindo um juízo de certeza.

Capez (2013), classifica a prova ainda relativamente ao sujeito ou causa, podendo ser real ao tratar de provas consistentes em algo externo e diferente da pessoa; e pessoal, sendo aquelas que tem origem na pessoa humana, consistindo em afirmações pessoais e conscientes.

Por fim, a classificação quanto à aparência, quando a prova pode ser testemunhal, documental ou material.

2.6 Ônus da prova

A origem da palavra “ônus” vem do latim *oneris* que significa carga, peso, encargo. Falando sob o aspecto jurídico, ônus seria o encargo que as partes tem para provar as alegações que elas mesmas fizerem (RANGEL, 2011).

Capez (2013, p. 409) ensina que:

a prova não constitui uma obrigação processual e sim um ônus, ou seja, a posição jurídica cujo exercício conduz seu titular a uma condição mais favorável. A principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito. [...] Ônus da prova é, pois, o encargo que têm os ônuslitigantes de provar pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos.

Verifica-se, assim, na doutrina que há uma discussão com relação a respeito de qual seria o ônus da defesa e qual da acusação, existindo assim duas correntes, uma que defende ser o ônus da prova exclusivo da defesa, e outra defendendo uma distribuição do ônus entre defesa e acusação.

Dispõe o *caput* do artigo 156, CPP, e a doutrina em sua maioria também afirma que a prova da alegação compete aquele que a fizer, ou seja, quem alega um

fato é que tem o ônus de prova-lo. De maneira semelhante o pensamento de Oliveira (2011, p. 335) quando afirma que cabe,

à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à *materialidade* do fato (sua existência) e de sua *autoria*, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade. Por isso, é perfeitamente aceitável a disposição do art. 156 do CPP. (Grifo original).

Da mesma forma, é um erro haver distribuição do ônus entre acusação e defesa, como tratado no processo civil, já que o ônus de provar compete a quem acusa, não só pela primeira acusação ter sido feita por ele, mas porque o réu se encontra sob a proteção do princípio da presunção da inocência. E assim, não haveria um ônus para a defesa já que não se atribuiu a esta um prejuízo. (LOPES JUNIOR, 2011)

Rangel (2011, p. 499-500) por sua vez, entende que tal opinião majoritária sobre do ônus da prova está em desconformidade com a Constituição Federal. Pois segundo afirma o autor:

é cediço que a regra é a liberdade (art. 5º, XV, da CRFB) e que para que se possa perde-la, dever-se-à observar o devido processo legal e dentro deste encontra-se o sistema acusatório, onde o juiz é afastado da persecução penal, dando-se ao Ministério Público, para a defesa da ordem jurídica, a totalidade do ônus da prova do fato descrito na denúncia.[...] É de comum entendimento que *não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal* [...], portanto, o Ministério Público somente poderá narrar em sua peça exordial fato definido, previamente em lei definido como crime e deverá fazê-lo com todas as circunstâncias do injusto penal, sob pena de inépcia da denúncia. (Grifo original).

O autor completa dizendo que:

o Direito Penal surge mais em favor do indivíduo do que se imagina, pois o Estado não pode tolher a liberdade de agir de uma pessoa sem que antes tenha dito à mesma que aquela conduta é proibida e, uma vez praticada, será repelida pela sociedade através da sanção penal respectiva. (RANGEL, 2011, p. 500).

Neste sentido, Tornaghi (1991) citado por Rangel (2011, p. 498) explica:

o sentido do art. 156 deve ser este: ressalvadas as presunções, que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato objeto da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provadas pelo réu. Na verdade, o ônus da prova compete àquele a quem o fato aproveita.

Assim, percebe-se que cabe a acusação o ônus de provar que realmente existe um fato ilícito, bem como comprovar que houve sua realização e conseqüentemente a culpa. De outro lado, cabe a defesa demonstrar que inexistiu dolo, demonstrar as causas excludentes de punibilidade, de ilicitude e eventuais causas excludentes de culpabilidade.

2.7 Procedimento probatório

Nicolitt (2013, p. 384), define procedimento probatório como “o conjunto de atos relativos à prova, a saber: proposição, admissibilidade, produção e valoração”.

Para Rangel (2011, p. 508), esse conjunto de atos levam “à realização prática dos meios de prova a fim de estabelecer, o mais que possível, a certeza dos fatos objeto do caso penal”, como já referido acima tal procedimento é dividido em quatro fases, a saber:

a) Proposição das provas: quando as partes indicam quais serão os meios de provas utilizados, normalmente através dos atos iniciais, tanto o Ministério Público quando do oferecimento da denúncia, como a defesa em sua resposta. Ainda conforme Rangel (2011, p. 508): “nada impede que fora dessa oportunidade possam as partes requerer algum meio de prova. A propositura das provas é ato das partes quando da postulação em juízo”.

Nesse sentido aponta Nicolitt (2013, p. 384), “excepcionalmente as provas podem ser propostas em outros momentos, como em razão de fatos supervenientes que surgiram no decorrer da instrução, que admitirá diligências complementares[...]”.

b) Admissão das provas: explica Rangel (2011, p. 508), que nesta fase é “quando o juiz se manifesta sobre seu ingresso nos autos do processo, [...] ou seja, quando aceita a denúncia do MP e, posteriormente, recebe a resposta prévia da defesa técnica”.

Nas palavras de Nicolitt (2013, p 384)

no processo penal não há, como no processo civil, um despacho saneador, no qual o juiz decide sobre a prova a ser produzida, deferindo ou indeferindo os requerimentos de prova da acusação e da defesa. Sendo assim, a apreciação pode ser feita a qualquer momento e o melhor é que o seja logo que as provas são propostas. Em caso de indeferimento, por óbvio, deve haver motivação.

Cabe salientar que “toda prova requerida pelas partes deve ser deferida,

salvo quando protelatória ou impertinente” (CAPEZ, 2013, p. 411). No que concerne as provas ilícitas e sua admissão no processo, será tratado mais adiante especificamente sobre o tema.

c) Produção das provas: Neste momento as partes poderão exercer o contraditório, e nas palavras de Rangel (2011, p. 509) “é o momento de maior tensão probatória em que as partes, dentro do justo processo, discutem a veracidade, idoneidade, a credibilidade e a legalidade das provas”.

Nicollit (2013, p. 385), afirma que o momento para a produção das provas é na audiência de instrução, “porque nela será possível a efetividade dos princípios da concentração, imediação e oralidade, que são importantes para maior eficiência do julgamento”.

d) Valoração das provas: Capez (2013, p. 411-412), explica que esta última fase “nada mais é do que o juízo valorativo exercido pelo magistrado em relação às provas produzidas, emprestando-lhes a importância devida, de acordo com a sua convicção”.

Rangel (2011, p. 510, grifo original) explica esta fase dizendo que é aqui que “[...] o juiz valora as provas, apreciando-as e motivando sua decisão para *dar a cada um aquilo que é seu*”.

3 DA PROVA ILÍCITA

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, estabelece a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, remetendo a impossibilidade no âmbito jurídico de utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos.

Tal imposição não era prevista, no entanto, nas constituições anteriores. Conforme Bulos (2001), citado por Capez (2013, p. 375),

provas obtidas por meios ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico. Esses requisitos possuem natureza formal e material. A ilicitude ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita sua origem. Já a ilicitude matéria delinea-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório, como nas hipóteses de invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, constrangimento físico [...] a fim de obter a confissão ou depoimento de testemunha, etc.

Contudo, há alguns casos onde existe a possibilidade de admissão das referidas provas e mais adiante será feita análise acerca desta viabilidade.

Antes disso, passa-se à diferenciação de prova ilícita e ilegítima, trazida por diversos doutrinadores, cabendo destacar que com a edição da Lei nº 11.690/2008, tal distinção foi pacificada, pois a referida lei não faz diferença entre norma material ou processual, não tendo qualquer utilidade essa distinção quanto às consequências jurídicas, quais sejam elas as mesmas.

3.1 Distinção entre prova ilícita e prova ilegítima

Alguns doutrinadores fazem diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas. Deste modo, antes de adentrar especificamente no estudo da prova ilícita, passamos as considerações acerca desta diferenciação:

a vedação da prova pode estar estabelecida em norma processual ou norma de direito material, surgindo, em nível doutrinário a diferença entre as duas: será prova ilegítima quando a ofensa for ao direito processual, e será ilícita quando a ofensa for ao direito material. [...] São provas ilícitas as obtidas com violação ao domicílio (cf. art. 5º, XI, da CRFB) ou ao sigilo das comunicações telefônicas sem ordem judicial (cf. art. 5º, XII, da CRFB c/c art. 1º da Lei nº 9.296/96); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (cf. art. 5º, III, da CRFB). São provas ilegítimas, v.g., as obtidas com violação ao disposto no art. 207 c/c 210 c/c § 2º do art. 243, todos do CPP (RANGEL, 2009, p. 431, grifo original).

Capez (2013, p. 376) esclarece que:

pode ocorrer, outro sim, que a prova não seja obtida por meio de realização de infração penal, mas considere-se ilícita por afronta ao princípio constitucional, com é o caso da gravação de conversa telefônica que exponha o interlocutor a vexame insuportável, colidindo com o resguardo da imagem, da intimidade e da vida privada das pessoas (CF, art. 5º, X). Podem também ocorrer as duas coisas ao mesmo tempo: a prova ilícita caracterizar infração penal e ferir princípio da Constituição Federal. (Grifo original).

Neste ponto, importante ressaltar que a Lei 11.690/2008 que disciplinou sobre as provas ilícitas modificou a redação do artigo 157, CPP, que reza: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Compreende-se assim como ilícita tanto a prova que viole disposição material quanto matéria de natureza processual (CAPEZ, 2013).

Quando o artigo 157, CPP, estabelece que provas ilícitas seriam aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, o legislador não deixa claro se as normas legais seriam as regras de natureza material ou processual. Por isso, a necessidade da distinção entre ilícitas e ilegítimas, já que parece que o referido artigo trata das provas ilícitas (LOPES JUNIOR, 2011).

André Nicollit aponta que o art. 157, CPP, acima referido, foi alvo de muitas críticas, principalmente pelo fato de ignorar a distinção entre prova ilícita e ilegítima, mas afirma ser contrário a tais críticas:

os limites entre a norma material e processual são muito tênues em matéria probatória. Uma escuta não autorizada tanto viola o direito à intimidade como a regra procedimental da Lei nº 9.296/1996. A prova, uma vez admitida, será declarada nula e sua renovação será impossível [...] a proibição das provas ilícitas refere-se à violação do ordenamento como um todo (norma constitucional, infraconstitucional, material, ou processual) (NICOLLIT, 2013, p. 379, grifo original).

Grinover, Fernandes e Gomes filho (2002, p. 132) preceituam que:

a questão da denominada ‘prova ilícita’ ubica-se juridicamente, na investigação a respeito da relação entre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório, e sob o ponto de vista da política legislativa, na encruzilhada entre a busca da verdade em defesa da sociedade e o respeito a direitos fundamentais que podem ver-se afetados por esta investigação. (Grifo original).

Ainda referente a distinção entre prova ilícita e ilegítima, Lopes Junior (2011,

p. 578-579) explica as mesmas e traz exemplos de cada situação:

Prova ilegítima: quando ocorre violação de uma regra de direito processual penal no momento de sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual [...] Exemplo: juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida (como as declarações escritas e sem contraditório) etc.

Prova ilícita: é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento de sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo). [...] Exemplos: interceptação telefônica ilegal, quebra de sigilo bancário fiscal, etc.

Lopes Junior (2011, p. 578) ressalta também, que as provas ilícitas não são passíveis de repetição já que o vício vincula-se a o momento que foi obtida, devendo ser desentranhadas do processo. Quanto às ilegítimas quando o vício se dá na esfera processual, existe a possibilidade de repetir o ato, podendo ser refeito o que foi feito com defeito.

3.2 Sistema de aferição da prova ilícita

O artigo 5º, LIV, CF preceitua serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Bem como, o artigo 157, caput, CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/08, impõe idêntica vedação.

Ainda, nos termos do art. 157, tais provas deverão ser desentranhadas dos autos cuidando o parágrafo 3º a respeito dos efeitos da decisão sobre a ilicitude: “Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)”.

Conforme aponta Oliveira (2011, p. 345):

esclarecendo o §3º do aludido dispositivo legal que a decisão do desentranhamento estará sujeita a preclusão. No entanto, nada se diz a cerca do momento processual em que tal ocorrerá. [...] deve o juiz apreciar a ilicitude da prova e seu conseqüente 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.

Sobre o momento em que se dará o desentranhamento, Nicolitt (2013) explica que alguns autores entendem que a preclusão se dará com o trânsito em julgado da sentença:

no entanto, até que venha a reforma relativa aos recursos no processo penal, vislumbramos o recurso em sentido estrito como o adequado para o caso, *ex vi* do inciso XIII do art. 581, que disciplina seu cabimento contra decisão que anular, ainda que parcialmente, a instrução criminal, cujo espírito do dispositivo, a nosso ver, contempla a decisão do § 3º do CPP. Indaga-se ainda: como apurar os ilícitos por parte dos que colheram ou produziram prova ilícita se estas estarão destruídas? A única solução é que a apuração se faça com base na própria decisão que declarou a ilicitude. Melhor seria que, ao invés de determinar a destruição da prova, o Código determinasse seu arquivamento sob sigilo (NICOLITT, 2013, p. 382, grifo original).

Também oferece críticas ao § 3º do artigo 157, CPP, Greco Filho (2012, p 213) que, ao tratar da reforma trazida pela Lei n. 11690/08, diz que a mesma pecou pela falta de sistemática e pela inviabilidade prática de sua implementação:

o código não prevê “incidente de inutilização de prova ilícita” nem o que deve preceder a decisão de desentranhamento. Caberá ao juiz inventá-lo, seguindo os princípios gerais de processo: deve permitir a manifestação das partes sobre a licitude ou ilicitude da prova, permitir a produção de prova sobre as razões da alegada ilicitude e permitir, também, nova manifestação após colhidas as provas decidindo em seguida. Acredita a Lei que, preclusa a decisão sobre a ilicitude e o desentranhamento, proceder-se-á à. Nem uma coisa nem outra! Não há previsão de recurso contra a decisão que determina o desentranhamento. (Grifo original).

Referido autor conclui dizendo que no caso de arguição de ilicitude na obtenção de prova ilícitas, deveria ser dada as partes oportunidade para se manifestarem, e a determinação da realização de provas produzidas em separado, se necessário. E quando se tratar de decisão pela ilicitude e desentranhamento, diz Greco Filho (2012, p 213) que “a prova deverá ficar preservada em cartório até o trânsito em julgado da sentença, porque o Tribunal, em grau de apelação, poderá querer examiná-la e poderá rever a declaração de ilicitude”.

A prova ilícita é considerada como prova vedada, pois é contrária à norma legal. Tal vedação, no entanto, pode ser instituída pela lei ou norma material, ou ainda expressa através de princípios legais (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2002).

Serão ilícitas as provas produzidas mediante crime ou contravenção, que violem as normas de Direito, assim como as que afrontem princípios constitucionais. Assim, exemplifica Capez (2013, p. 376) que serão provas ilícitas: “uma confissão obtida com emprego de tortura [...], uma apreensão de documento realizada mediante violação de domicílio [...], a captação de uma conversa por meio do crime de interceptação telefônica”.

Apesar de o texto legal parecer, em princípio, não admitir nenhuma prova

obtida através de meio ilícito, Greco Filho (2013, p. 215) discorda e entende que a regra não é absoluta:

nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito.

Nesse sentido, Lopes Junior (2011, p. 580) também faz uma crítica sobre a vedação absoluta ao dizer que:

num momento em que a ciência (desde a teoria da relatividade) e o próprio direito constitucional negam o caráter absoluto de regras e direito. [...] não há mais espaço para tais teorias que têm a pretensão de serem “absolutas”, ainda mais quando é evidente que todo o saber é datado e tem prazo de validade e, principalmente, que a Constituição, como qualquer lei, já nasce velha, diante da incrível velocidade do ritmo social. Logo, a inadmissibilidade absoluta tem a absurda pretensão de conter uma razão universal e universalizante, que pode(ria) prescindir da ponderação exigida pela complexidade que envolve cada caso na sua especificidade. (Grifo original).

Greco Filho (2013, p. 216), compreende que o legislador, ao querer mostrar preocupação com a ilicitude da origem do meio de obtenção, errou ao estabelecer ser necessário apontar a norma constitucional ou legal violada:

a ilicitude da prova não decorre apenas da ilicitude do meio de obtenção. [...] A ilicitude decorre do sistema global da ordem jurídica, de modo que devemos entender como ilícita a obtenção que viole ordem jurídica, não necessariamente a escrita na Constituição ou em lei formal.

Assim, ainda que a norma pareça não admitir provas obtidas por meio ilícito, percebe-se que a doutrina declina para a ideia de que a regra não é absoluta, pois é necessário a existência de outras normas e princípios e prima-se pela harmonização de todos.

3.3 Teoria dos frutos da árvore envenenada

A Lei não traz vedação somente no que diz respeito as provas ilícitas, mas também em relação as provas que sejam derivadas desta ilicitude, como estabelece o § 1º do artigo 157, CPP, com nova redação estabelecida pela lei 11.690/2008:

Art. 157. § 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 (BRASIL, Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008, 2008).

Estas provas são consideradas como contaminadas pela ilicitude da prova que as originou, e esse vício contaminará todas as provas subsequentes. Complementa tal entendimento o disposto no artigo 573, § 1º, CPP: “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência” (CAPEZ, 2013).

As provas ilícitas por derivação foram reconhecidas pela Suprema Corte Norte Americana, baseada na Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, a partir do caso *Siverthorne Lumber Co. vc. United States*, em 1920, tendo a expressão *fruit of the poison tree* sido cunhada pelo Juiz Frankfurter. Aponta Ávila (2007), citado por Lopes Junior (2011, p. 940) que na referida decisão foi afirmado que “proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal”.

Assim, conforme explica Souza (2008, p. 306):

a exemplo do que ocorre com uma árvore doente, que produz frutos também doentes, a prova obtida ilicitamente contamina os seus frutos, ou seja, as demais provas que tenham sido descobertas e produzidas em decorrência das informações obtidas ilicitamente.

Como exemplo, Capez (2013, p. 377) descreve o caso da confissão extorquida mediante tortura quando as corretas informações obtidas sobre o local onde esta o objeto do crime leva a sua apreensão:

esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem. Outro exemplo seria o da interceptação telefônica clandestina [...] por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado. Haveria, igualmente ilicitude por derivação.

Lopes Junior (2012, p. 586) entende pelo desentranhamento do ato originário viciado, assim como todos que derivem deste, mas destaca a dificuldade que ocorre quanto a necessidade de comprovar o nexo causal:

O maior inconveniente é a timidez com que os tribunais tratam da questão, focando no ‘nexo causal’ de forma bastante restritiva para verificar o alcance da contaminação. Assim, acabam tornando lícitas provas que estão

contaminadas, sob o argumento de que não está demonstrado claramente uma relação de causa e efeito. Significa considerar que não existe conexão com a prova ilícita ou que essa conexão é tênue, não se estabelecendo uma clara relação de causa e efeito. (Grifo original).

Contrário ao texto legal que afirma serem vedadas as provas ilícitas por derivação, Rangel (2009, p. 436), diz que: “o Código veda expressamente. É como se dependêssemos do Código para nos dizer que a Constituição, a partir de agora, passa a valer. A consagração do absurdo”.

Para Oliveira (2011, p. 363) a ilicitude por derivação é uma teoria imposta pelo princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente:

se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se *legalizasse* a ilicitude da primeira (operação). (Grifo original).

Em relação às limitações impostas pela teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2002, p. 137), dizem ser necessário cautela:

excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas das ilícitas, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou ainda, quando as provas derivadas das ilícitas poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo, na *inevitable discovery*. Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo. (Grifo original).

Nesse ponto, importante observar que não é simples a definição de “derivação”, tendo que se buscar o significado do nexo de causalidade da prova. Pois, pode ocorrer que esteja se tratando de uma fonte considerada independente, sem qualquer conexão fática com a prova ilícita.

A fonte própria ou independente, acima citada, se refere aquela prova que foi obtida sem nenhuma relação com a ilícita. “Trata-se de um meio de prova que tem vida própria, autônoma, lícita e que não é contaminada e nem contamina qualquer outra fonte de prova, exatamente pela sua licitude” (RANGEL, 2009, p. 437).

Compreende-se, assim, que se não houver nexo de causalidade entre a prova ilícita e a outra prova, não haverá contaminação. Para melhor compreensão,

exemplifica Lopes Junior (2011, p. 586), quando cita o caso *Murray v. United States*, em 1988:

em que policiais entraram ilegalmente em uma casa onde havia suspeita de tráfico ilícito de drogas e confirmaram a suspeita. Posteriormente requereram um mandado judicial para busca e apreensão, indicando apenas as suspeitas sem mencionar que já haviam entrado na residência. De posse do mandado, realizaram a busca e apreenderam as drogas. A corte entendeu que a prova era válida, e que não estava contaminada. Isso porque, no entendimento da Corte, o mandado de busca para justificar a segunda entrada seria obtido de qualquer forma, apenas com os indícios iniciais.

Quanto à teoria da *inevitable discovery* (descoberta inevitável), Nicollit (2013, p. 381) traz o pensamento da Corte Norte Americana no caso *Nix v. Williams* de 1984, quando “a prova obtida por meio ilícito pode ser valorada desde que se concluísse que tal prova inevitavelmente seria descoberta por meio lícito. Para tanto, lança-se mão de um curso de investigação hipotético”. Ou seja, neste caso se usaria uma investigação com base em uma hipótese, diferente da teoria independente, que é não hipotética. Se fosse considerado hipoteticamente que seria possível chegar a prova por meio lícito, então ela poderia ser admitida.

No caso acima apontado (*Nix v. Williams*) o acusado havia matado uma criança e escondido o corpo. Foi feita uma busca, com mais de 200 voluntários e durante essa busca a polícia obteve ilegalmente a confissão do imputado, que relatou onde havia escondido o corpo, tendo sido de fato encontrado onde fora indicado. Porém, pela modo como os voluntários estava fazendo as buscas, de forma sistemática, em poucas horas eles também teriam encontrado o cadáver. Assim, a descoberta foi considerada pela Corte como inevitável e a prova considerada válida (LOPES JUNIOR, 2011).

Oliveira (2011, p 364) diz que, sob seu ponto de vista, a redação do artigo 157, § 2º, do Código de Processo Penal, quando quis definir o significado de fonte independente, dizendo se tratar daquela 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, estaria na verdade tal redação trazendo a definição de teoria da descoberta inevitável:

na descoberta inevitável admite-se a prova ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita. Exemplo: ainda que ilícito o ingresso da autoridade policial em determinada

residência, a eventual descoberta de um cadáver no local não impedirá que se inicie investigação acerca do homicídio (se houver elementos nesse sentido), devendo-se adotar meios de prova que rotineiramente são utilizados na investigação de crimes dessa natureza.

Capez (2013, p. 385), discorre sobre as duas teorias dizendo primeiramente a respeito da teoria da *independent source*:

se não existe nexos de causalidade entre a nova evidência e a prova anteriormente produzida, isto significa que uma não derivou da outra. Se a causa geradora da prova for absolutamente independente em relação à anterior, é porque uma nada tinha a ver com a outra, sendo incabível falar-se em prova ilícita por derivação. [...] a regra da limitação da fonte independente é, por tanto, supérflua, desnecessária. [...] No segundo caso, qual seja, o da descoberta inevitável, a prova, a despeito de sua ilicitude considera-se válida sob o argumento de que acabaria sendo descoberta de qualquer modo. Aqui é necessária muita cautela para não tornar sem efeito a cláusula de garantia da proibição das provas ilícitas.

Quando o autor acima citado diz ser necessário cautela, ele se refere também ao caso que originou a teoria (Nix v. Williams), explicando que não houve um juízo aleatório de possibilidades, e que a teoria não se baseia nisto. Afinal, ainda que não houvesse a confissão, a busca já havia iniciado envolvendo 200 voluntários que acabariam localizando o corpo.

Lopes Junior (2011, p. 589), completa dizendo a respeito da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada que tal princípio “[...] constituiu um grande avanço no tratamento da prova ilícita, mas que foi, infelizmente, atenuado, a ponto de a matéria tornar-se perigosamente casuística”, o que poderia levar a um alargamento da tolerância judicial, abrindo novas e muitas possibilidades acerca das provas derivadas, desvirtuando o propósito real da teoria.

Para ele, predomina o entendimento nos tribunais superiores de que:

não se anula a condenação se a sentença não estiver fundada exclusivamente na prova ilícita. Tampouco se anula a decisão condenatória, em que pese existir uma prova ilícita, se existirem outras provas, lícitas, aptas a fundamentar a condenação. Por derradeiro, a teoria da contaminação é bastante mitigada, levada quase à ineficácia, pela aplicação da teoria da fonte independente e suas variações (LOPES JUNIOR, 2011, p. 590).

Da mesma forma alerta Nicollit (2013, p. 382), em meio às diversas posições quando à aceitação das provas ilícitas por derivação, é necessário ter cuidado quanto à sua aplicação, “é preciso ter um zelo desdobrado para não negarmos efetividade ao princípio constitucional que veda as provas ilícitas”.

É possível perceber que quando se fala em provas autônomas (*independent source*) e em descoberta inevitável (*inevitable discovery*), as mesmas são tratadas como exceções a proibição do uso da prova derivada da ilícita. Assim, nem sempre uma prova ilícita determinará a contaminação das demais provas, sendo necessário verificar no caso concreto se configura de fato uma derivação por ilicitude.

3.4 Posicionamentos dos Tribunais sobre a aplicação da teoria e suas derivações

Após estudo através de ampla doutrina, cabe agora trazer algumas decisões acerca da (im)possibilidade do uso da prova ilícita em nosso ordenamento, e analisar o entendimento e posição dos Tribunais Superiores a respeito das teorias que cercam o assunto, para ao fim poder-se observar qual a que mais prevalece.

A respeito da utilização do princípio que veda a utilização das provas obtidas por meios ilícitos, o seguinte julgado, proferido no Habeas Corpus de nº 96056, sendo relator o Ministro Gilmar Mendes (2011):

Habeas Corpus. 2. Quebra de sigilo bancário e telefônico. Alegação de que as decisões proferidas pelo magistrado de primeiro grau não foram devidamente motivadas, por terem apresentado mera menção às razões expostas pelo Parquet. 3. Ausência de decisão com fundamentos idôneos para fazer ceder a uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional. 4. **Prova ilícita, sem eficácia jurídica. Desentranhamento dos autos.** 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, deferido. HC 96056 / PE – PERNAMBUCO. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 28/06/2011. (Grifos próprios).

O presente caso traz referência a não aceitação da prova ilícita e faz menção ao desentranhamento da mesma. Segue a decisão:

Habeas corpus conhecido em parte e nesta parte, deferida a ordem, para **reconhecer a ilicitude das provas produzidas a partir da quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico das pacientes, sem a devida fundamentação.** Por conseguinte **determinou-se o desentranhamento dessas provas dos autos** da Ação Penal 2004.83.00.026319-3, que tramita no Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime.HC 96056 / PE – PERNAMBUCO. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 28/06/2011. (Grifos próprios).

No referido caso, o entendimento foi de que são consideradas ilícitas as provas produzidas a partir da quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico, sem a devida fundamentação. Assim, foi deferido o habeas corpus para reconhecer a

ilicitude das provas e determinar o desentranhamento das mesmas do processo. Ainda, os pacientes foram denunciados pela suposta prática de crimes contra o sistema financeiro, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha. Foi ressaltado que a regra seria a inviolabilidade das correspondências e das comunicações telefônicas conforme prevê a Constituição, se justificando sua mitigação apenas quando se tratar de interesse público, devidamente fundamentado por ordem judicial. Afirmou-se ainda que a Constituição Federal veda o uso das provas ilícitas com o fim de tutelar os direitos fundamentais dos atingidos pela persecução penal (Informativo do STF, nº 633, 2011).

Interessante decisão foi proferida sobre a teoria da fonte independente (*independent source*), no julgamento do RHC nº 90.376/RJ, tendo como relator o Ministro Celso de Mello (2007):

E M E N T A: PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) – [...] ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) [...] A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, **unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. **Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária** [...]. (Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007) (Grifo original, grifos próprios).**

A ementa segue fazendo referência ao devido processo legal, dizendo que a exclusão da prova ilícita permite a garantia do efetivo cumprimento do direito:

[...] A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. [...] **Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante[...]. - A**

QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g. RHC 90376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018. (Grifo original, grifos próprios).

Tal caso traz a seguinte decisão:

A Turma, por votação unânime, deu provimento ao recuso ordinário, nos termos do voto do Relator, para restabelecer a sentença penal absolutória proferida nos autos do Processo-crime nº 1998.001.082771-6 (19ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro/RJ). Ausente, justificadamente, neste julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 03.04.2007.

Em resumo, no caso acima exposto tratava-se de busca e apreensão de materiais e equipamentos, realizada em um quarto de hotel sem autorização judicial. O Supremo tribunal Federal entendeu que o quarto merece a mesma tutela de inviolabilidade da casa, conforme art. 5, inciso XI, da Constituição Federal, sendo por isso prova ilícita aquela produzida sem a respectiva autorização. Posteriormente, foi discutido sobre a contaminação dos atos subsequentes, tendo o STF sustentado a exclusão da prova originariamente ilícita e todas as posteriores a ela, ainda que validamente produzidas porque estariam por ela contaminadas em virtude da repercussão causal (LOPES JUNIOR, 2011).

Ainda, no âmbito da teoria da fonte independente, o julgamento do Superior Tribunal de Justiça, no HC 148178/PR, que teve como relator o Ministro Rogerio Schietti Cruz (2013, p 692):

HABEAS CORPUS - ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - FALSIDADE IDEOLÓGICA - DOCUMENTO FALSO - DESCAMINHO - EVASÃO DE DIVISAS - LAVAGEM DE DINHEIRO - CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - CONDENAÇÃO - PRISÃO PREVENTIVA - PROVAS ILÍCITAS - TEORIA DOS FRUITS OF THE POISONOUS TREE - NÃO APLICAÇÃO - AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO ENTRE OS PROCEDIMENTOS PROBATÓRIOS - TEORIA DAS EXCLUSIONARY RULES - INCIDÊNCIA - CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS - ILICITUDE DAS PROVAS POR DERIVAÇÃO - NÃO COMPROVAÇÃO - DILAÇÃO PROBATÓRIA - VEDAÇÃO EM HABEAS CORPUS - ART. 387, § 1º, DO CPP - OBEDIÊNCIA - REQUISITOS ART. 312 DO CPP - CUMPRIMENTO - GRAVIDADE CONCRETA - FUGA - FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE - HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. HC 148178 / PR. Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz Julgamento em 19/11/2013, p. 692. (Grifo original)

A ementa do HC acima referido traz referência a teoria dos frutos da árvore

envenenada, seguindo a doutrina que mitiga o rigor das regras de exclusão do direito norte-americano (*exclusionary rules*), o ordenamento positivo pátrio permite o aproveitamento da prova que, a despeito de ter laço comum com a origem viciada, é em relação a ela independente, dada a inevitabilidade de sua descoberta ou dada a ausência de total relação de causalidade entre umas e outras.

Um julgamento que causou grande repercussão relacionado a essa matéria foi o HC nº 69912-0/RS, STF, Tribunal Pleno, cujo Relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence (1993). Neste julgamento, houve divergência entre os ministros sobre a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, quando por maioria, prevaleceu a aplicabilidade da referida teoria (PETRY, 2003, www.jus.com.br):

PROVA ILICITA: ESCUTA TELEFONICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFONICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; [...] SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALENCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINA-LA E VIABILIZA-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE. HC 69912/RS, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 16/12/1993 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. (Grifo original).

Em seu voto, o relator, Ministro Sepúlveda Pertence (1993) foi favorável ao deferimento do HC:

o caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência americana constituiu sob a denominação de princípios dos *fruits of the poisonous tree*; é que às provas diversas do próprio conteúdo das conversações telefônicas, interceptadas, só se pode chegar, segundo a própria lógica da sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em consequência da interceptação ilícita de telefonemas [...] essa doutrina da invalidade probatória do *fruit of the poisonous tree* é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita. [...] de fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria 'degravação' das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela contidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas. Rel: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 16/12/1993. (Grifo original).

Outro julgamento que demonstra a posição dos tribunais em relação a teoria dos frutos da árvore envenenada e suas derivações, é o HC 91867 / PA - que teve

como relator o Ministro Gilmar Mendes (2012). Nesse julgado, o relator explica seu voto expondo o seguinte:

[...]daí, falar-se em existência de provas autônomas (independent source) e em descobertas inevitáveis (inevitable discovery) como exceções à proibição ao uso da prova derivada da prova ilícita.

Nesse diapasão, nem sempre a existência de prova ilícita determinará a contaminação imediata de todas as outras constantes do processo, devendo ser verificada no caso concreto, a configuração da derivação por ilicitude. HC 91867 / PA. Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma Julgamento em 24/04/2012.

Quanto à utilização da prova ilícita e a sua aceitação quando a favor do réu, a jurisprudência é pacífica, no sentido de ser possível sua aceitação sem maiores divergências. Assim, pode-se notar no AI 503617/PR, 2005:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: **LICITUDE**. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, **nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa**. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. [...] Agravo não provido. AI 503617 AgR / PR. Relator Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 01/02/2005. (Grifo original, grifos próprios).

No mesmo sentido, o STJ também já se pronunciou:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL.CONSTITUCIONAL. ESTELIONATO. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA PELA VÍTIMA DE CRIME. PROVA ILÍCITA. INCARACTERIZAÇÃO.1. "As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, 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. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiras pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado (...)" (Alexandre de Moraes, in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 2ª Edição, 2003, São Paulo, Editora Atlas, páginas 382/383). 2. **Não há falar em ilicitude da prova que se consubstancia na gravação de conversação telefônica por um dos interlocutores, vítima, sem o conhecimento do outro, agente do crime**.3. Recurso improvido. RHC 12266 / SP. Relator (a) Min. HAMILTON CARVALHIDO. Julgamento: 09/09/2003. (Grifo original, grifos próprios).

Já em relação ao uso da prova ilícita em favor da sociedade, interessante trazer o posicionamento de Oliveira (2011), quando cita como exemplo um caso

concreto, no qual o critério da proporcionalidade foi usado a favor da acusação:

Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. [...] 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. [...] Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. [...] 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante. STF - Rcl-QO: 2040 DF, Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 21/02/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129. (Grifo original).

Neste caso, que envolve a extradicação de uma artista mexicana que alegava ter sido vítima de estupro nas dependências da Polícia Federal, o STF deferiu a produção de exame de DNA na placenta da gestante, recolhida sem a autorização dela, sob o fundamento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos, recaindo o uso da proporcionalidade na produção da prova (OLIVEIRA, 2011).

O autor ressalta desta decisão o seguinte:

- a) não há lei brasileira autorizando o exame de DNA contra a vontade do titular do material recolhido;
- b) não há lei prevendo a possibilidade de prévia autorização judicial para a criação de meios de prova não previstos na legislação pertinente;
- c) assim, mesmo tratando-se de material colhido junto à vítima do suposto estupro, o fato é que, em relação aos possíveis réus/indiciados/suspeitos, o meio de prova utilizado seria ilegal (OLIVEIRA, 2011, p. 381).

Conforme o próprio Oliveira (2011) conclui, a Suprema Corte utilizou-se do critério da proporcionalidade para que pudesse aceitar o exame de DNA, ou seja, uma prova não prevista em lei, sendo por isso, a princípio, inadmissível, e ainda usada em favor da acusação.

Da mesma forma, acolheu o STJ, a tese da proporcionalidade, reconhecendo a eficácia da prova ilícita como embasamento da acusação, quanto a questão de

gravações de conversa por um dos interlocutores sem autorização do outro:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFONICA COM ORDEM JUDICIAL. REU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIARIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PROPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLICIA. O INCISÓ LVI DO ART. 5. DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE 'SÃO INADMISSIVEIS AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILICITO', NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HA SEMPRE UM SUBSTRATO ETICO A ORIENTAR O EXEGETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE. [...]. A JURISPRUDENCIA NORTE-AMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO E TRANQUILA. SEMPRE E INVOCAVEL O PRINCIPIO DA 'RAZOABILIDADE' (REASONABLENESS). O 'PRINCIPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS' (EXCLUSIONARY RULE) TAMBEM LA PEDE TEMPERAMENTOS. ORDEM DENEGADA. HC 3982 / RJ. Relator: Ministro ADHEMAR MACIEL (1099). 6ª Turma. Data do julgamento: 05/12/95. (Grifo original).

Nesse aspecto, Lopes Junior. (2011, p. 581), que refuta a possibilidade do *in dubio pro societate*, esclarece seu ponto de vista sob o fundamento de que:

deve ser compreendida dentro da fenomenologia da coexistência, e não mais como um ente superior, de que dependem os homens que o integram. Inadmissível uma concepção antropomórfica, na qual sociedade é concebida como um ente gigantesco, no qual os homens são meras células, que lhe devem cega obediência. Nossa atual Constituição, e antes dela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagram certas limitações necessárias para a coexistência e não toleram tal submissão do homem ao ente superior[...]. Em suma, no processo penal, há que se compreender o conteúdo de sua instrumentalidade, recusar tais construções.

Nota-se claramente a aceitação da jurisprudência em relação à prova ilícita em favor do réu, com aplicação do princípio da proporcionalidade. Porém, maior dificuldade e polêmica quanto à aplicação do mesmo princípio em se tratando de sua utilização em favor da acusação.

4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM MATÉRIA DE PROVAS NO PROCESSO PENAL

Sob a ótica de Guerra Filho (2009), citado por Nucci (2012, p. 234):

o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente, a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o 'conteúdo essencial' (*wesensgehalt*) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana [...] bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas. (Grifo original).

Partindo do ponto de que a regra do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal não é regra absoluta e deve ser interpretada de forma razoável, as garantias fundamentais não podem ser aplicadas de modo que ocorra um desequilíbrio entre valores que sejam contrastantes.

O princípio da proporcionalidade, causador de grandes divergências doutrinárias, surge para afastar as contradições entre as garantias fundamentais, que não podem ser aplicadas de modo que uma anule a outra (NICOLITT, 2013).

A teoria da proporcionalidade ou também chamada de razoabilidade, surgiu na Alemanha, e significa colocar em uma balança os bens jurídicos que estão contrastando e ver qual possui mais peso (RANGEL, 2009).

Nicolitt (2013, p. 374), explica a origem do princípio como sendo na Carta Magna de 1215 “tendo seu desenvolvimento ligação com a cláusula do devido processo legal, do direito anglo-saxão. Mais tarde, encontrou abrigo na 5ª e 14ª Emendas da Constituição estadunidense”.

Para resolução de conflitos entre princípios constitucionais relevantes, explica Oliveira (2011, p. 375) que o critério hermenêutico usado é baseado:

na chamada *ponderação de bens e/ou interesses*, presente até mesmo nas opções mais corriqueiras da vida cotidiana. O exame normalmente realizado em tais situações destina-se a permitir a aplicação, no caso concreto, da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, e da maneira menos gravosa ao(s) outro(s). Fala-se, então, em *proporcionalidade*. (Grifo original).

Assim, o princípio da proporcionalidade tem como função principal colocar em uma balança os bens jurídicos em aparente conflito para verificar qual possui maior

peso. Conforme exemplifica Rangel (2011), ao dizer que a liberdade de locomoção possui peso maior se comparada com o sigilo das ligações telefônicas, sendo assim razoável que possa quebrar este último para resguardar o primeiro.

A aplicação deste princípio torna possível a ideia de que nenhum direito é absoluto, já que cabe a análise e ponderação em cada caso concreto do que a sua utilização poderá acarretar. A proporcionalidade submete o interesse de menor relevância social em relação ao de maior, como uma espécie de mecanismo de harmonização.

4.1 Limites da utilização das provas ilícitas frente ao princípio da proporcionalidade

Conforme aponta Capez (2013, p 378-379):

A questão que se coloca é de saber até que ponto as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal e à preservação da intimidade do acusado podem ser flexibilizadas, diante da ponderação dos valores contrastantes entre indivíduo e sociedade. [...] como proceder diante de um eventual conflito entre as garantias constitucionais protetivas do cidadão, derivadas do devido processo legal, e o interesse da sociedade no combate a criminalidade?

Em se tratando de provas ilícitas e sua (in) admissibilidade, é necessário que seja feito um juízo de valor para que se chegue a uma solução indicativa do direito que tem maior prioridade em cada caso concreto, já que de um lado tem-se o direito do acusado e, do outro, o direito estatal baseado na ação penal.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2002, p. 88) resumem a utilização do princípio:

a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada.

Em que pese a regra prevista no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal se dê pela inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, cabe destacar nesse ponto que quando se trata de uma decisão de absolvição, as provas ilícitas são consideradas admissíveis.

Já, em relação ao posicionamento do referido princípio acerca da prova ilícita em favor da sociedade, o mesmo se mostra inaplicável. É o que será abordado nos

itens que seguem a presente pesquisa, abordando primeiramente a respeito da prova ilícita *pro reo*.

4.1.1 Da prova ilícita *pro reo*

Neste aspecto, em favor do réu, a doutrina é pacífica no tocante a admissibilidade das provas ilícitas, devendo contudo, ser buscada a razão pela qual é possível tal admissão.

Capez (2013, p. 378-379), explica que de acordo com o princípio da proporcionalidade:

sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita, baseando no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes (admitir uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável). Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante.

Entendendo também pela possibilidade do aproveitamento da prova ilícita em favor do réu, Oliveira (2002, p. 294) se justifica afirmando que:

a prova de inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia de condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente. Em tal situação, a Jurisdição enquanto poder público, seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais explicado ou explicável.

A vedação da prova ilícita é garantia do acusado, e não do Estado, sendo que tal garantia não pode ser usada para causar ao réu prejuízo como seria o de perder a sua liberdade. Ainda, conforme Nicolitt (2013, p. 375) a vedação é um aspecto do devido processo legal,

que por sua vez é um aspecto da dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Assim, na hipótese de não se admitir uma prova ilícita em favor do réu, estar-se-ia afirmando um princípio e negando a sua própria razão, que é o princípio da dignidade humana.

Então, utilizar-se de prova ilícita seria a situação onde o réu, acusado injustamente por um crime que não praticou, viola o direito a imagem, intimidade ou inviolabilidade do domicílio ou comunicações, entre outras, para que consiga obter a

prova da sua inocência (LOPES JUNIOR, 2011).

Sobre essa questão, Rangel (2011) diz tratar-se de uma causa de excludente de ilicitude, pois um réu que, por exemplo, intercepta uma ligação telefônica para salvaguardar sua liberdade de locomoção, estaria amparado pelo direito, não podendo ser esta prova considerada ilícita:

é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas no arripio da lei (RANGEL, 2011, p. 480).

Nesse sentido, as palavras de Branco (2006), citado por Capez (2013, p. 379):

no direito alemão, o princípio da proporcionalidade requer três qualidades para o ato administrativo: 1) adequação, ou seja, o meio empregado na atuação deve ser compatível com a sua finalidade; 2) exigibilidade, isto é, a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para atingir o fim público; 3) proporcionalidade em sentido estrito, em que as vantagens almejadas superem as desvantagens.

Lopes Junior (2011, p. 583) considera a teoria da admissibilidade da prova ilícita *pro reo*, como sendo a situação em que melhor se justifica é a mais adequada “ao processo penal e ao conteúdo de sua instrumentalidade, na medida em que o processo penal é um instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição”.

Tal princípio foi adotado então com o fim de evitar o caráter absoluto da aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Nesse sentido Capez (2013, p. 380) explica:

entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.

Assim, para os seguidores desta corrente em alguns casos que abrangem relevante interesse público que merece ser protegido, poderia ser a prova ilícita admitida, quando não houver outro meio de proteção de valores fundamentais e a obtenção desta prova for considerada como única possibilidade (LOPES JUNIOR, 2011).

Portanto, a utilização do princípio da proporcionalidade como forma de solucionar aparentes conflitos, sopesando qual possui maior relevância, quando em

relação a utilização de provas consideradas ilícitas, sendo usadas em favor do réu, como única forma de provar sua inocência, são perfeitamente aceitas sem maiores dificuldades.

Nesse contexto, Capez (2013, p. 380) “o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas”.

4.1.2 Da prova ilícita *pro societate*

A respeito da aplicação do princípio da proporcionalidade, porém *pro societate* que, conforme explica Capez (2013, p. 380), “consiste na admissibilidade das provas ilícitas, quando demonstrada a prevalência do interesse público na persecução penal”, percebe-se a não adoção.

Para melhor entendimento Nicolitt (2013, p. 376) cita que:

o benefício trazido com a utilização da prova não justifica a interferência nas garantias do cidadão e a violação da ordem jurídica por parte do Estado. Isto porque, em regra, resultado deste mecanismo da prova ilícita redundando na prisão de um criminoso e, por consequência, no combate a este, sem trazer a almejada segurança. Basta notar que no Brasil grandes traficantes de drogas encontram-se presos e tal fato não evita o tráfico.

Nesse contexto, o que será colocado em análise será o interesse público contra o privado, buscando neste a proteção do réu e naquele a efetivação do direito de punir daqueles que cometem crimes.

Sob o prisma do princípio da proporcionalidade, ao referir-se sobre a utilização de provas ilícitas em favor do Estado, Lopes Junior (2011, p. 580-581), alerta para o perigo dessa teoria:

na medida em que o próprio conceito de *proporcionalidade* é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do *interesse público x interesse privado*, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da “prevalência” do interesse público...
É um imenso perigo (grave retrocesso) lançar mão desse tipo de conceito jurídico indeterminado, e por tanto, manipulável, para impor restrição de direitos fundamentais. (Grifo original).

Referido doutrinador considera um erro a restrição dos direitos fundamentais baseando-se na superioridade do interesse público, já que a aplicação de categorias

como público e privado não se aplicariam quando se fala em direitos fundamentais, sendo esta uma visão autoritária do que é sociedade.

A não adoção de tal princípio *pro societate*, tem como objetivo, nas palavras de Capez (2013, p. 380), “preservar o núcleo irreduzível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do poder público dentro dos limites legais”.

Afinal, como já referido, a aceitação de provas ilícitas no processo, trata-se de medida excepcional que não poderiam ser desvirtuadas como prática comum (CAPEZ, 2013).

Nicolitt (2013) defende a ideia de que a prova ilícita *pro societate* poderia acarretar graves consequências, já que estaria oportunizando ao Judiciário ignorar, uma garantia prevista na Constituição Federal, como cláusula pétrea, se baseando no princípio da proporcionalidade.

Ainda conforme Nicolitt (2013, p. 379), que se declara veementemente contra a adoção da proporcionalidade para admitir provas ilícitas contra o réu, para garantia dos direitos da coletividade “a Constituição assegurou instrumentos de segurança pública ostensiva, que, se por ventura não estão sendo aplicados com eficiência, não será a deformação do processo que servirá de remédio para este mal”.

Contudo, mesmo sendo minoria, há posicionamento no sentido de admissão da prova ilícita para garantir a condenação do réu, sendo esta uma posição que se aplica apenas em casos de elevadas proporções, conforme expõe Avena (2009, p. 267):

decorrendo a prática do crime, muitas vezes, da ação de organizações altamente especializadas, que se estruturam como verdadeiras empresas do delito, valendo-se de tecnologias avançadas como aquelas permitidas pelo uso da rede mundial de computadores (internet), não se poderia radicalizar o uso do princípio da proporcionalidade a ponto de direcioná-lo, unicamente aos interesses do réu e não permitir, por meio dele, em situações excepcionais e de notório interesse público, também o uso da prova ilícita para sogregar o réu ao afastá-lo do convívio social.

Também a favor da prova ilícita *pro societate*, o posicionamento do professor Scarance Fernandes (1999), citado por Nicolitt (2013, p. 378) ao dizer que “não devemos esquecer que o crime organizado é, quase perfeito, porque planejado cientificamente, o que exige investigações mais apuradas”.

Para os seguidores dessa corrente, o que se busca é assegurar a justiça, e de forma alguma isso seria considerado autoritarismo estatal ou desvalorização do homem. Mas é relevante destacar que a aceitação de provas ilícitas deve ser tratada

como exceção e não como regra.

Quando se trata da prova ilícita pró réu, importante trazer a explanação a respeito dos requisitos para utilização do princípio da proporcionalidade, sendo eles a adequação, a necessidade ou exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Cabe destacar que sob o prisma da aplicabilidade deste princípio referente a adoção da prova ilícita pro sociedade, deve-se levar em conta os mesmo critérios.

Nesse sentido, conforme explica Nicollit (2013), não é cabível a alegação da corrente que defende o uso da prova ilícita para condenação do réu, baseando-se na necessidade de combater a criminalidade e garantir a segurança, tendo em vista que:

a aplicação da proporcionalidade se inviabiliza pela carência do primeiro requisito, a saber, a adequação. A admissão da prova ilícita *pro societate* não é apta a combater a criminalidade tampouco a restaurar a segurança [...] A tese da prova ilícita para a sociedade também não resiste ao segundo requisito, pois é possível chegar a tais objetivos através de meios menos gravosos, ou seja, agindo nos limites da legalidade. Por fim, percebemos que melhor sorte não assiste a admissão de prova ilícita *pro societate* ao terceiro requisito, visto que o benefício trazido com a utilização da prova não justifica a interferência nas garantias do cidadão e a violação da ordem jurídica por parte do Estado (NICOLLIT, 2013, p. 376, grifo original).

Nicolitt (2013, p 376) conclui exemplificando o Brasil onde “grandes traficantes de drogas encontram-se presos, e tal fato não evita o tráfico. Precisamos superar o paradigma de combate ao criminoso e passar ao combate a criminalidade”.

Assim, acredita-se que o mais adequado é tomar como regra a não admissão de provas ilícitas contra o réu, evitando os abusos de autoridade, podendo ser analisado conforme cada caso a possibilidade de exceções.

Já, em relação ao uso de provas ilícitas em favor do réu, percebeu-se ser claramente possível quando tratar-se de sua absolvição sendo tais provas admitidas para inocentá-lo.

5 CONCLUSÃO

Ao fim deste trabalho monográfico, cabe destaque aos principais fatos que levaram as conclusões encontradas durante o estudo do tema apresentado. O início da presente pesquisa, levou a percepção de que a busca pela verdade, ao longo da história, passou pela evolução de diversos métodos que eram usados para obtenção da mesma. E hoje, o sistema utilizado no Brasil é o da livre convicção, sendo admitidos todos os meios de prova, tendo o juiz liberdade para valoração destas, a exceção dos julgamentos proferidos no âmbito do Tribunal do Júri, onde prevalece o sistema do livre convencimento imotivado dos jurados, por expressa previsão constitucional.

Estando a prova diretamente ligada à ideia de busca da verdade ou da reconstrução dos fatos para se chegar a ela, compreende-se sua real importância, tendo em vista que são as provas os instrumentos que o magistrado tem para firmar sua convicção, em busca de soluções para cada caso concreto, e assim promover a realização de efetiva justiça.

Ao adentrar no assunto objeto deste estudo, qual seja as provas ilícitas, deparou-se com inúmeras definições, posições e algumas correntes, através das quais pode-se concluir que foi a partir da Constituição Federal de 1988, com seu artigo 5º, inciso LIV, que a prova ilícita foi considerada de fato como vedada, sendo inadmissível no processo.

Da mesma forma, o artigo 157, CPP, com a nova redação dada pela Lei nº 11.690/2008, estabeleceu idêntica vedação, dizendo ainda que tais provas deveriam ser desentranhadas do processo. No entanto, o que parece ainda não estar claro é quanto ao momento que deve ocorrer esse desentranhamento, já que ampla doutrina afirma que a lei não especificou nada acerca disso, havendo divergência entre a maioria dos autores estudados, sem que haja, assim, um momento específico para que ocorra o desentranhamento, cabendo ao juiz esta definição.

A vedação estabelecida em lei não se refere somente as provas ilícitas, ela impõe ainda que serão da mesma forma assim consideradas as provas derivadas de tal ilicitude, conforme estabelecido no §1º do artigo 157, CPP. Nesse ponto, ao estudar sobre as provas derivadas, chegou-se a teoria acerca dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*).

Conforme essa teoria o vício contido na árvore se transmite aos seus frutos. Da mesma forma acontece com o processo, quando uma prova obtida de maneira

ilícita, transmitirá seu vício as demais provas que dela se originarem. Aqui se concluiu que o que essa teoria prega é a ideia de que não faria sentido a proibição de uma prova ilícita, e permitir a utilização de outra que dela fosse originária, objetivando desta forma desencorajar quem tivesse a intenção de valer-se da obtenção de provas por meios ilegais.

Apesar de verificar posicionamentos contra e a favor, o que prevalece é a ideia de que a mesma pode ser utilizada em casos específicos, e que essa teoria é utilizada nos tribunais brasileiros, como foi possível perceber através dos julgados trazidos como exemplificação.

Nesse ponto, importante modificação ocorreu também advinda da Lei 11.690/2008, quando o artigo 157, §1º deu margem a duas exceções onde seriam aceitas as provas ilícitas: quando não houver nexo de causalidade entre a prova ilícita e a desta derivada (*independent source*), ou quando as derivadas poderiam ser descobertas por outra maneira, que não seja pela prova ilícita (*inevitable discovery*).

Foi possível perceber a adoção de ambas entre nos tribunais brasileiros, ainda que doutrinadores alertem para o uso moderado, tendo em vista que o uso indiscriminado dessas teorias daria margem para um leque muito amplo de possibilidades do uso da prova ilícita, o que poderia de certa forma desvirtuar seu real propósito.

Assim, há de ser ter cautela, mas é inegável que essas teorias estão de certo modo minimizando a teoria da árvore dos frutos envenenados, pois conforme os julgados expostos, quando a decisão não se basear apenas nas provas ilícitas para condenação, as provas derivadas não serão consideradas viciadas pela ilicitude, podendo ser utilizadas, mas claro a depender de cada caso em específico.

Um dos pontos principais para se chegar nesta conclusão, foi o estudo do último capítulo da presente pesquisa, o princípio usado como base para fundamentar a possibilidade desta interpretação, o da proporcionalidade.

Referido princípio, conforme análise da maioria dos doutrinadores, torna possível a renúncia de um direito ou garantia constitucional em prol de outro, para solução de conflitos. Ele possibilita colocar em uma balança os direitos em questão confrontados em casos de relevante interesse público, e sopesar qual é o de maior valor em cada caso concreto.

Assim, chegou-se à conclusão no sentido de que, deste princípio decorrem subprincípios indispensáveis para a sua aplicação: o princípio da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito. Quando se fala em

necessidade, é no sentido de que será possível usar deste princípio quando não houver outro meio, menos gravoso aos direitos fundamentais. Ele deverá ser adequado, de modo que através dele possa-se de fato chegar ao resultado pretendido. E por fim, avaliando os valores colocados em jogo, de modo adequado, é que será possível a renúncia ou a escolha de um direito abdicando de outro de igual ou superior valor, e que não gere mais desvantagens do que vantagens.

O que se notou nesse sentido, e no estudo de diversos julgados, é que existem alguns valores de ordem constitucional que, diante do caso concreto, se sobrepõem a outros. Mas mesmo o direito à vida, por exemplo, que é o mais importante poderia ser renunciado nos casos expressos em lei, como acontece na legítima defesa ou no estado de necessidade.

Um das conclusões mais importantes a que se chega, se não a mais importante, é que nenhum direito é absoluto. E, do mesmo modo, os consagrados direitos fundamentais poderão também ser passíveis de uma relativização. Ou seja, sempre poderá ser possível sacrificar uma garantia constitucional em prol de um direito com mesmo ou elevado valor, dependendo de cada caso concreto analisado.

Estudou-se, por fim, a aplicação do princípio da proporcionalidade em favor do réu, e em favor da sociedade, inclusive apontando casos da jurisprudência brasileira.

Primeiramente concluiu-se que uma situação que leva a possibilidade de utilização de uma prova ilícita no processo, é no caso de absolvição de um réu, quando é possível comprovar sua inocência com a utilização de uma prova obtida de forma ilícita. Nesse sentido, não seria justo deixar que alguém pagasse com o preço de sua liberdade, havendo prova de sua inocência, mas não fazê-lo pois o meio que se chegou a tal prova é considerado ilícito. Afinal, quando fala-se em aproveitar as provas ilícitas ou derivadas, o objetivo não é oportunizar a impunidade, eliminar esta resguardando a justiça.

O que não foi possível perceber da mesma forma, quando se trata da aplicação do princípio da proporcionalidade contra o acusado, em favor da sociedade, já que a posição que mais prevalece entre os autores estudados, bem como na jurisprudência, é no sentido de que os direitos e garantias do acusado prevalecem sobre os demais, e que deve-se manter a atuação do poder público dentro dos limites legais.

Claro que em determinadas e excepcionais situações pode haver entendimento contrário, tendo em vista que podem estar em confronto direitos de

elevada importância em detrimento de outros e que no caso concreto, seja contra ou a favor do acusado, serão colocados em análise, prevalecendo o de maior valia para a solução mais adequada e justa.

Importante ressaltar que em casos de uso da proporcionalidade *pro societate*, não se busca defender o binômio “público x privado”, mas apenas a necessidade de, em alguns casos, sopesar direitos.

Conclui-se desta forma que, adotado o princípio da proporcionalidade, é perfeitamente possível utilizar-se de provas ilícitas e das derivadas destas em situações excepcionais, quando não for possível resolver por outros meios. E, nesse sentido, tais possibilidades vem sendo aceitas entre os nossos tribunais, com notório declínio para uso do princípio em favor do réu, podendo valer-se delas para absolvição, e maior restrição quanto ao uso do mesmo em favor da sociedade, evitando desta forma tornar tal situação uma regra e coibir os abusos de autoridade.

Assim, ainda que muitos doutrinadores e juristas não admitam a utilização da prova ilícita e mesmo a Constituição Federal e o Código de Processo Penal mencionem tal vedação, posição contrária toma cada vez mais força e acolhe a proporcionalidade como base para solucionar conflitos, uma vez que nenhum direito é revestido de caráter absoluto.

Ademais, o tema das provas ilícitas sempre será envolto de muita polêmica e controvérsias, e justamente por isso é de suma importância a discussão deste tema para garantia da justiça e da equidade no sistema jurídico.

Ainda que em relação à produção probatória existam limites que devem ser observados e respeitados, de igual maneira existem outros direitos que poderão ser postos em confronto com estes, e é possível a relativização das provas ilícitas e das derivadas com o fim de equilibrar os valores em conflito e possibilitar maior igualdade e justiça nas decisões.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo penal: versão universitária*. São Paulo: Grupo GEN, 2009

BRASIL. *Código de processo penal*. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 625 p.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jun 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11690.htm>. Acesso em: 05 jun 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHIDO, Hamilton. *RHC 12266 / SP*. Julgamento em 09/09/2003. DJ 20/10/2003 p. 298. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 19 out. 2015.

CRUZ, Rogerio Schietti. *HC 148178 / PR*. Julgamento em 19/11/2013. DJe 05/12/2013. p. 692. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 19 out. 2015.

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

GRINOVER, A. P.; FILHO, A. M. G; FERNANDES, A. S. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MACIEL, Adhemar. *HC 3982 / RJ*. Julgamento em 05/12/1995. DJ 26/02/1996 p. 4084. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 19 out. 2015.

MELLO, Celso de. *RHC 90376 / RJ*. Julgamento em 03/04/2007. DJ 18-05-2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 out. 2015.

MENDES, Gilmar. *HC 91867 / PA*. Julgamento em 24/04/2012. DJe-185. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 out. 2015.

MENDES, Gilmar. *HC 96056 / PE*. Julgamento em 28/06/2011. DJe-089. p. 710-718 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 out. 2015.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

PERTENCE, Sepulveda. *HC 69912 / RS*. Julgamento em 16/12/1993. DJ 25-03-1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 out. 2015.

PETRY, Vinicius Daniel. *A prova Ilícita*. Publicado em 11/2003. Elaborado em 07/2003. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 19 out. 2015.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RAUBER, Marcos Eduardo. A valoração de provas ilícitas no processo penal com base na aplicação do princípio da proporcionalidade. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 16, p. 151-168, jul./dez. 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Ltda, 2012.

SILVEIRA, Neri da. *Rcl-QO: 2040/ DF*. Julgamento em 21/02/2002. DJ 27-06-2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 out. 2015.

SOUZA, S. R.; SILVA, W. *Manual de processo penal constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Informativo do STF de número 633*, 2011, Brasília, 27 de junho a 1º de julho de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 20 out. 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VELLOSO, Carlos. *AI 503617 AgR / PR*. Julgamento em 01/02/2005. DJ 04-03-2005. p. 466-470. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 19 out. 2015.