

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

## **PROVAS ILÍCITAS**

Do juízo de admissibilidade da Prova Ilícita no Processo Penal.

RAFAEL MACHADO DA COSTA

JUIZ DE FORA – MINAS GERAIS

2010

# **PROVAS ILÍCITAS**

Do juízo de admissibilidade das Provas Ilícitas no Processo Penal.

Monografia apresentada pelo acadêmico Rafael Machado da Costa à Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito essencial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Professor Mestre Cristiano Álvares  
Valladares do Lago (Orientador)

RAFAEL MACHADO DA COSTA

## **PROVAS ILÍCITAS**

Do juízo de admissibilidade das Provas Ilícitas no Processo Penal.

Monografia apresentada à Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito essencial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_/\_\_/\_\_.

Professor Mestre Cristiano Álvares  
Valladares do Lago (Orientador)  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Professor Doutor Cléverson Raymundo  
Sbarzi Guedes  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Professor Mestre Luís Antônio Barroso  
Rodrigues  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

JUIZ DE FORA – MINAS GERAIS

2010

À minha família, aos amigos, aos colegas, aos mestres – em particular ao Professor Mestre Cristiano Álvares Valladares do Lago, orientador da presente Monografia – e a todos que acreditaram que esse poderia ser mais um passo dado com sucesso. Grato.

## RESUMO

A presente monografia tem por objetivo realizar exame acerca do juízo de admissibilidade das provas ilícitas no Processo Penal. Para tanto, destarte serão tecidas breves considerações, principalmente no que diz respeito a conceitos basilares referentes à Teoria Geral da Prova, assim como a exposição dos sistemas de valoração da prova no Processo em tela. Posteriormente, feitas as disposições de caráter introdutório, passar-se-á ao exame específico das provas ilícitas, conceituando o instituto e procedendo com a devida apresentação às teorias tangentes à temática – *Admissibilidade, Inadmissibilidade e Proporcionalidade* – assim como a algumas de suas acepções secundárias – *Provas ilícitas pro reo e pro societate*. Por fim, abordar-se-á o importante elemento das provas ilícitas por derivação, às quais tende-se a estender as vedações presentes nos artigos 5º, LVI da Constituição Federal e 157, do Código de Processo Penal, teorias verificadas no direito comparado - notadamente dos Estados Unidos da América - que visam excluir sua contaminação, e conseqüente admissão no âmbito processual, bem como a adoção de algumas dessas pela jurisprudência pátria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Provas. Sistemas de valoração. Provas Ilícitas. Admissibilidade. Inadmissibilidade. Proporcionalidade. Provas Ilícitas por derivação.

# SUMÁRIO

<b>CAPÍTULO I – A PROVA NO PROCESSO PENAL .....</b>	
<b>I.I. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>I.II. DAS PROVAS .....</b>	<b>9</b>
I.II.I Conceito .....	9
I.II.II. Fonte de prova e meio de prova .....	11
I.II.III. Objeto de prova .....	12
I.II.IV. Classificação .....	13
I.II.IV.I. Quanto ao objeto.....	14
I.II.IV.II. Quanto à forma.....	14
I.II.IV.III. Quanto à fonte.....	14
I.II.IV.IV. Quanto ao efeito.....	14
I.II.IV.V. Quanto à origem.....	15
I.II.V. Sistemas de valoração da prova.....	15
I.II.V.I. Sistema da livre apreciação ou convicção íntima.....	16
I.II.V.II. Sistema da prova legal ou tarifada.....	16
I.II.V.III. Sistema da persuasão racional.....	17
<b>CAPÍTULO II – DAS PROVAS ILÍCITAS .....</b>	<b>19</b>
<b>II.I. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>19</b>
<b>II.II. CONCEITO.....</b>	<b>22</b>
<b>II.III. TEORIAS ACERCA DA PROVA ILÍCITA.....</b>	<b>24</b>
II.III.I. Teoria da admissibilidade ou teoria permissiva.....	25
II.III.II. Teoria da inadmissibilidade ou teoria obstativa.....	26
II.III.III. Teoria da proporcionalidade.....	29
II.III.III.I. Prova ilícita <i>pro reo</i> .....	31
II.III.III.II. Prova ilícita <i>pro societate</i> .....	33

<b>II.IV. DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO.....</b>	<b>36</b>
<b>II.V. TEORIAS EXCLUDENTES DA CONTAMINAÇÃO APLICADAS NO DIREITO PÁTRIO E NO DIREITO COMPARADO (EUA).....</b>	<b>37</b>
II.V.I. Teoria da fonte independente ( <i>independent source limitation</i> ).....	38
II.V.II. Teoria do descobrimento inevitável ( <i>inevitable discovery</i> ).....	38
II.V.III. Descontaminação ou da Tinta diluída ( <i>the purged taint limitation</i> ).....	39
II.V.IV. Teoria da exceção da boa fé ( <i>good faith exception</i> ).....	40
<b>CAPÍTULO III – DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL .....</b>	<b>42</b>
<b>IV. CONCLUSÃO.....</b>	<b>44</b>
<b>V. BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>47</b>

## CAPÍTULO I – A PROVA NO PROCESSO PENAL

### I.I. INTRODUÇÃO

A prova veio, ao longo da história, constituindo-se elemento cada vez mais importante na transição do Estado como ente detentor de poderes absolutos para um Estado Democrático de Direito.

Como reflexo dessa transição, desenvolveram-se também *sistemas de apreciação da prova* que, progressivamente, vieram a corroborar com o ideal de proteção das garantias individuais do cidadão que se expandiam.

Com o objetivo de concretizar tal proteção, todavia, o legislador passou a estabelecer algumas vedações. Uma delas, causadora de incessantes discussões em âmbitos doutrinário e jurisprudencial, diz respeito à inadmissibilidade de utilização da prova ilícita no Processo.

Houve a necessidade da realização de pesquisa legislativa nas áreas do Direito Processual Civil, Constitucional e Processual Penal.

No que se refere às técnicas de pesquisa, optou-se pela documentação indireta, ou seja, a bibliográfica e a documental, assim como extensa pesquisa jurisprudencial, bem como pela utilização do método analítico, expondo-se posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre os institutos mais relevantes.

No trabalho que doravante se desenvolverá será abordada de maneira sucinta a *Teoria Geral da Prova*, destacando seus principais aspectos, fontes e meios de obtenção, objeto, bem como sua classificação e exposição dos sistemas supracitados, com as devidas notas sobre o desenvolvimento.

Finalizado esse breve exame, proceder-se-á diretamente à análise do instituto das provas ilícitas, pretendendo-se conceituá-lo, bem como explanar as teorias que versam sobre a possibilidade de sua admissão no Processo Penal brasileiro, recorrendo, inclusive, à jurisprudência para a demonstração da aplicação do entendimento das correntes doutrinárias.

Será destinada especial atenção à *Teoria da Proporcionalidade*, uma vez que essa vem tendo aplicação crescente na jurisprudência brasileira. Ademais, a existência de duas correntes antagônicas, que se originam da aplicação de um mesmo princípio, tornam o tema merecedor de ênfase.

Objetiva-se, ainda, discorrer acerca das *provas ilícitas por derivação* e, conseqüentemente, da *Teoria dos frutos da árvore envenenada*. Apresentar-se-á, ainda, teorias verificadas no Direito Comparado que tem por intuito propiciar a exclusão da ilicitude das referidas provas, desenvolvidas pela doutrina ianque e aplicadas pela Suprema Corte Norte-Americana. Conforme se verá, algumas foram positivadas em nosso ordenamento jurídico pela Reforma Processual Penal (Lei 11.719/08).

Por fim, concluir-se-á a presente, manifestando opinião sobre qual seria a teoria, relativa à admissibilidade da prova ilícita no Processo Penal, mais condizente com as aspirações da sociedade moderna e, sem deixar de pontuar os defeitos da teoria com a qual se corroborará entendimento, proceder-se-á argumentando e apresentando crítica às demais.

## **I.II. DAS PROVAS**

### **I.II.I. Conceito**

O vocábulo "prova", na forma em que conhecemos, é oriundo do termo latino *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar.

Assim, depreende-se tratar daquele elemento cuja finalidade primordial é o convencimento do julgador acerca da existência e veracidade dos fatos veiculados pela peça inicial acusatória. Seria o instrumento de verificação do *thema probandum*<sup>1</sup>, nos dizeres de Fernando da Costa Tourinho Filho.

Para tanto, o Direito Processual regula os meios de prova. Isto é, as formas – idôneas e adequadas - das quais a prova deve ser revestida para que possa trazer os elementos formadores da convicção do juiz e da verdade que se deseja comprovar.

---

<sup>1</sup>. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal I. 21ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 1999. *Versão digital*.

Tais elementos podem ser trazidos ao processo tanto pelas partes como podem ser produzidas mediante realização de diligências determinadas, de ofício, pelo Juiz, conforme dispositivo contido no Código de Processo Penal (Art.156, II). Salienta-se que a citada medida é dotada de caráter excepcional, devendo ser tomadas as devidas cautelas, visando não romper a barreira da imparcialidade. Esse limite intrínseco, todavia, encontra-se na zona *gris*, cercado por penumbra e incerteza, motivo pelo qual o mencionado artigo é alvo de embates doutrinários cujo enfoque é sua (in) constitucionalidade.

Quanto à veracidade, há muita discussão acerca da famigerada “verdade real”. Eugênio Pacelli de Oliveira chega a referir-se ao assunto qualificando-o como “mito” e “dogma”. Caso é que sua busca fundamentou práticas probatórias inquisitivas, ainda que sem previsão legal, legitimando eventuais desvios praticados pelas autoridades públicas em prol da nobreza do propósito.

À luz do *supra* exposto, nota-se que, uma vez verificada a prática de conduta que se subsume a alguma hipótese legalmente prevista, urge o compromisso da atividade estatal jurisdicional monopolizada no sentido de promover a reconstrução judicial dos fatos tidos como delituosos, visando influenciar o juiz quando da decisão pela procedência ou improcedência - sempre motivadas, como se verá - do pedido.

Nesse sentido, o eminente jurista italiano Francesco Carnelutti, filosofa:

As provas servem, exatamente, para voltar atrás, ou seja, para fazer, ou melhor, para reconstruir a história. Como faz quem, tendo caminhado através dos campos, tem que percorrer em retrocesso o mesmo caminho? Segue os rastros de sua passagem. Vem em mente o cão policial, o qual vai farejando aqui e ali, para seguir com o faro o caminho do malfeitor perseguido. O trabalho do historiador é este. Um trabalho de atenção e paciência, sobretudo, para o qual colaboram a polícia, o Ministério Público, o juiz instrutor, os juizes de audiência, os defensores, os peritos. Prescindindo das crônicas dos jornais, os livros policiais e o cinema têm, não tanto informado, como inflamado o público sobre este trabalho. A utilidade desta literatura, sob o aspecto da civilização, está no ter difundido a impressão, para não dizer a experiência, da dificuldade da procura, por causa da falibilidade das provas. O risco é errar o caminho. E o dano é grave, quando se erra a estrada, também se a história é feita só nos livros. Porque, se bem que os historiadores não se dão conta e os filósofos ou, ao menos, alguns filósofos, contestam, não se retoma à via percorrida senão para encontrar as vias a percorrer; seja como for, é tanto mais notório quando o passado se reconstrói para se decidir o destino de um homem.<sup>2</sup>

Conceitua com simplicidade e maestria Alexandre de Freitas Câmara, *in verbis*: “denomina-se prova todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato. Quer isto significar que tudo aquilo que for levado aos autos com o fim de convencer o juiz de que determinado fato ocorreu será chamado de prova”.<sup>3</sup>

### I.II.II. Fonte de prova e meio de prova

*Fonte de prova e meio de prova* são expressões dúbias no Direito Processual Penal. Às vezes, são até mesmo utilizadas como sinônimos. Entretanto, não se equivalem no sentido técnico das acepções.

Por *fonte de prova* pode ser entendido como quaisquer elementos úteis cuja comprovação seja necessária. Segundo Carnelutti, são “os fatos dos quais o juiz se serve para deduzir a verdade enquanto os meios de prova seriam a atividade do juiz mediante a qual busca a verdade de um fato a se provar”. Alguns autores consideram que sua existência antecede até mesmo ao procedimento judicial, podendo ocorrer, todavia, que não chegue ao conhecimento do juiz.

*Meio de prova*, por outro lado, engloba aquilo de que se pode servir com o intuito de alcançar a verdade processual visada. Entende-se, também, consistirem na atuação judicial por meio das quais as *fontes de prova* são levadas ao processo. Exemplo disso seria a declaração feita em juízo pela testemunha (*fonte de prova*).

A doutrina majoritária alega estar a utilidade da distinção entre *meio e fonte de prova* na diferenciação dos sujeitos que podem dispor das fontes dos que podem dispor dos meios. Assim, enquanto as *fontes de prova* tem as partes como destinatários, os *meios* tem como destinatário final o juiz, uma vez que são elementos de convicção deste acerca da veracidade/falsidade das alegações oriundas das partes.

---

<sup>2</sup>. CARNELUTTI, FRANCESCO. As misérias do Processo Penal. Tradução: CARDINALLI, José Antonio. Campinas: Conan, 1995, p. 44.

<sup>3</sup>. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito Processual Civil. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 343.

### I.II.III. Objeto de prova

São *objeto de prova* os fatos. Que não se inclua nesse rol todo e qualquer *fato*, sob pena de exercício de atividade judicial inútil. Constituem *objetos de prova* fatos – ainda que secundários – relevantes, pertinentes e não submetidos à presunção legal. Ou ainda, aqueles que “reclamem apreciação judicial e exijam uma comprovação”<sup>4</sup>, conforme entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho.

Cumprе salientar que o conceito de *fato* é bastante amplo, compreendendo diversos acontecimentos do mundo exterior, estendendo-se a coisas, lugares, documentos e pessoas. Alcalà-Zamora afirma que, no que é atinente a prova, o conceito de *fato* seria tão abrangente que abarcaria tudo que não seja direito.

Uma vez que há necessidade de comprovação para que o fato seja *objeto de prova*, ficam excluídos desse conceito os fatos notórios e evidentes. Tourinho, mais uma vez, conceitua com precisão:

O fato evidente representa o que é certo, indiscutível, indubitoso, de maneira segura, rápida, sem necessidade de maiores indagações. Notórios são os fatos que pertencem, como diz Bricchetti, ao patrimônio estável de conhecimento do cidadão de cultura média, em uma determinada sociedade.<sup>5</sup>

Não se deve confundir notoriedade com *vox populi*, uma vez que esta pode transmitir informações errôneas, enquanto “a notoriedade de um fato constitui prova de sua verdade”. Destaca-se, ainda, que o conceito de notoriedade é relativo. Determinado fato pode ser notório para algumas pessoas de alguns lugares, conforme a cultura local, enquanto desconhecido para outras.

Observa-se, todavia, que mesmo fatos notórios são passíveis de comprovação se se tratar de averiguação de elementar do tipo penal. Ainda nessa seara, a inexistência de controvérsia acerca do fato também não elide a necessidade de comprovação. A confissão de autoria, por exemplo, não dispensa a

---

<sup>4,5</sup>. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal I. 21ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 1999. *Versão digital*.

produção probatória, cujos resultados devem corroborar com aquela, inclusive. Ou seja, o princípio intrínseco à máxima *notoria vel manifesta non egent probatione* (o notório e o evidente não precisam de prova) deve ser observado de forma mitigada.

A título de acréscimo, faz-se referência às máximas de experiência, que nada mais são do que juízos que podem formados em abstrato por qualquer pessoa de cultura média, com base no *quod plerum que accidit* (o que normalmente acontece). Essas máximas, entretanto, não supõem proibição de prova em contrário, uma vez que tendem a se alterar com o decorrer do tempo.

Respeitante às presunções, as partes ficam dispensadas de provar em se tratando de *presunção absoluta (juris et de jure)*, isto é, proveniente de determinação legal. Sendo *relativa* a presunção (*juris tantum*), a parte beneficiada não precisa provar, ficando a parte contrária incumbida do ônus de produzir prova contrária àquela.

Quanto ao Direito, inexistente no CPP disposição acerca da prova do mesmo, podendo-se aplicar, analogamente, o constante no art. 337 do Código de Processo Civil. Via de regra é presumível ser do conhecimento do juiz, não sendo necessário provar. Excepcionalmente, todavia, poderá ser *objeto de prova*. Assim o será em se tratando de direito municipal ou estadual – inobstante parte da doutrina defender que o juiz deverá conhecer o Direito do lugar em que exerce suas funções – estrangeiro ou consuetudinário. Nessas hipóteses, o Magistrado poderá determinar que a parte a quem aproveita o Direito faça prova do teor e da vigência. A prova desses Direitos elencados é feita por *meios* específicos, cuja apresentação não é de grande valia para a presente.

#### **I.II.IV. Classificação**

As provas são doutrinariamente classificadas de acordo com alguns critérios. Os mais tradicionais incluem a distribuição daquelas a) quanto ao objeto, b) quanto a forma, c) quanto à fonte, d) quanto ao efeito, e, por fim, f) quanto a origem.

#### I.II.IV.I. Quanto ao objeto

No tocante ao objeto, as provas são ditas *diretas* ou *indiretas*. As primeiras são aquelas referentes ao fato que se deseja comprovar ou *thema probandum*, cuja comprovação de existência determinará a consequência jurídica pretendida. Por outro lado, serão *indiretas* em se tratando de fatos secundários, correlacionados ao probando, mas dos quais é possível extrair-se convicção acerca daquele mediante exercício de raciocínio lógico-dedutivo. É a prova de indícios, das presunções.

#### I.II.IV.II. Quanto à forma

Quanto à forma, pode ser *pessoal*, *documental* ou *material*. A última consiste em materialidade obtida por qualquer meio físico, químico ou biológico que sirva de prova ao fato probando. Incluem-se aqui o instrumento do crime, os *producta sceleris*, exames periciais e outros. Paralelamente, são *documentais* as provas feitas por escrito relacionadas ao fato. Por fim, as ditas *pessoais* são aquelas feitas por alguma pessoa, por testemunho, declaração ou interrogatório.

#### I.II.IV.III. Quanto à fonte

Classifica-se também quanto à fonte ou o sujeito do qual emanam, dizendo-se que as provas são *pessoais* ou *reais*. *Reais* quando oriundas de elementos físicos – objetos, coisas, cadáver, *v.g.* – emergentes do próprio fato. *Pessoais* se obtidas por meio de manifestações humanas conscientes, tais quais o testemunho e o depoimento.

#### I.II.IV.IV. Quanto ao efeito

Tangente aos *efeitos*, dizem-se *plenas* e *não plenas* ou *indiciárias*. São *plenas* as capazes de formar no juiz o juízo de certeza necessário para que o mesmo profira suas decisões, o que deve ser feito com convicção. *Não plenas* ou *indiciárias*, por sua vez, é aquela que carrega em seu âmago mero juízo de

probabilidade, não sendo, por isso, de grande valia para o Processo Penal. Entretanto, são utilizadas em determinadas fases que não exigem juízo de certeza.

#### I.II.IV.V. Quanto à origem

Há, ainda, a distinção no que é relativo à origem da prova. *Originária* é aquela na qual não há intermediário entre fato e prova. A *derivada*, em contrapartida, é aquela obtida tendo havido ocorrência de intermediação entre fato e prova, ex.: testemunho do testemunho.

#### I.II.V. Sistemas de valoração da prova

Sabe-se que as atividades referentes ao procedimento probatório desdobram-se em 4 (quatro) etapas, sendo elas: proposição ou indicação, admissão, produção e valoração.

Proposta e admitida, a prova será produzida, dando fim ao primeiro momento da instrução probatória. No segundo momento, caberá ao juiz proceder com a valoração das provas produzidas e juntadas aos autos.

Essa apreciação deu-se de diferentes maneiras no decorrer da história, "amoldando-se às convicções, às conveniências, aos costumes e ao regime político de cada povo". Como exemplo, pode-se citar o sistema ordálico, desenvolvido e aprimorado na Idade Média, na Europa. Baseado na crença do Juízo dos Deuses, que far-se-iam presentes nos julgamentos, os suspeitos eram submetidos à provas, cujo resultado consistiria na evidência de inocência ou culpa; o juiz atuava como uma espécie de fiscal desses resultados.

Com a abolição desse sistema, atribuiu-se maior liberdade apreciativa ao juiz.

Os poderes atribuídos ao juiz inquisidor, todavia, eram de tal amplitude que se passou a temer por um despotismo judicial, nas palavras de Tourinho, que arremata:

Os poderes dos Juízes, ao tempo do procedimento inquisitivo, eram tão amplos, tão fortes, que, para "conjurar o risco do despotismo judicial", surgiram três freios: a) a apelação, que permitia o reexame da decisão; b) a regra segundo a qual *quod non est in actis non est in hoc mundo* (o que não está escrito, o que não está dentro do processo, não pertence ao mundo; é como se não existisse), com a qual se jugulava o arbítrio do Juiz na apreciação das provas; e, finalmente, c) a prova legal, que suprimia ou restringia a faculdade de apreciação das provas.<sup>6</sup>

Faz-se importante, então, abordar os sistemas desenvolvidos, visando alcançar uma melhor compreensão acerca da evolução jurídica, sob os enfoques da apreciação probatória e da atuação do juiz nesse ínterim.

#### I.II.V.I. Sistema da livre apreciação ou convicção íntima

Neste sistema evidencia-se total confiança no julgamento realizado pelo Magistrado. Aqui, este goza de ampla liberdade decisória, não sendo exigido que exteriorize as razões que motivaram sua *decisium*. Não há necessidade de fundamentação, podendo o juiz decidir até mesmo baseado em conhecimentos particulares acerca dos fatos, independente de constarem nos autos. Convence-se da verdade mediante critérios íntimos de valoração das provas.

Cumprir destacar que, hodiernamente, ainda se encontra resquício desse sistema em nosso ordenamento jurídico. No Tribunal do Júri, os jurados não tem dever legal de fundamentar suas decisões ou mesmo revelar o raciocínio formador de sua convicção.

#### I.II.V.II. Sistema da prova legal ou tarifada

Diametralmente oposto ao sistema *supra* descrito, o sistema da prova legal é caracterizado pela rigidez na apreciação probatória. Neste sistema, o legislador procedia com a valoração prévia das provas, estabelecendo determinados *meios de*

---

<sup>6</sup>. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal I. 21<sup>a</sup> ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 1999. *Versão digital*.

*prova* para certos delitos, valorando-as, fixa e imutavelmente, previamente ao julgamento.

O propósito em reduzir o excessivo poder atribuído ao juiz inquisidor acabou tornando o juiz mero verificador, cuja função se resumia a realizar o somatório de pontos das provas constantes nos autos.

### I.II.V.III. Sistema da persuasão racional

Ciente das mazelas dos discorridos sistemas de valoração da prova, o Direito Processual Penal moderno passou por um processo evolutivo, culminando com a elaboração do sistema da persuasão racional, positivado no art.157 do nosso Código de Processo Penal.

O referido sistema volta a atribuir liberdade ao juiz no que é tocante a apreciação das provas, uma vez que não se pré-determina o valor daquelas, de modo que "(...) Cada circunstância de fato será apreciada no contexto das demais provas e pode valer mais ou menos segundo o entendimento não preordenado do juiz".<sup>7</sup>

Limita-o, todavia, às provas constantes dos autos do processo, segundo o princípio *id quod non est in actis non est in mundus*, ou seja, o que não está nos autos não existe. Ademais, a convicção do Magistrado deve estar vinculada àquelas provas.

Impõe-se, ainda, que o julgador fundamente suas decisões, exteriorizando as razões que o levaram a decidir, permitindo às partes a verificação de que a decisão foi motivada pelo material probatório constante dos autos, além da compreensão do raciocínio por ele desenvolvido.

Melhor explica o Doutor e Mestre Eugênio Pacelli de Oliveira:

A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicitação. É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em

---

<sup>7</sup>. GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 214.

argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas.<sup>8</sup>

A importância da fundamentação alcança a área recursal, uma vez que as partes eventualmente confrontarão a decisão com base na fundamentação da sentença.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup>. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 12<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.328

<sup>9</sup>. A garantia da fundamentação das sentenças é exigência constitucional (CF, art. 93, IX).

## CAPÍTULO II – DAS PROVAS ILÍCITAS

### II.I. INTRODUÇÃO

Uma vez verificada a subsunção de uma conduta a um tipo penal legalmente previsto, surge a necessidade de atuação do Estado, encarregado pelo exercício monopolista da jurisdição.

Diante disso, cabe às partes – órgão acusador, ofendido e ofensor - demonstrar as razões de seus interesses através da produção de provas, que ensejará a reconstrução de uma verdade, ainda que processual, visando formar o convencimento do juiz, que decidirá pela procedência ou não do pedido veiculado pela peça inicial, conforme visto anteriormente. Acrescenta-se que o exercício do direito à prova é extensivo a todas as fases da produção probatória: *obtenção, introdução, produção* e, por fim, *avaliação*. Assim, desde que seja respeitado o contraditório, “as provas podem ser produzidas a qualquer tempo, incluindo a fase recursal, e até mesmo em segunda instância (quando dependerão de iniciativa judicial – art. 616, CPP)”, conforme assevera Eugênio Pacelli de Oliveira.<sup>10</sup>

No ordenamento jurídico pátrio, determinados *meios de prova* são disciplinados, a saber: Do exame do corpo de delito e das perícias em geral (arts.158 a 184); Do interrogatório do acusado (arts.185 a 196); Da confissão (arts.197 a 200); Do ofendido (art. 201); Das testemunhas (arts. 202 a 225); Do reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226 a 228); Da acareação (arts. 229 e 230); Dos documentos (arts. 231 a 238); Dos indícios (art. 239) e da busca e apreensão (arts. 240 a 250). São os denominados *meios legais*. Observação seja feita, apesar de contar no rol dos *meios de prova*, os indícios não são considerados como provas propriamente ditas.

Cumprido destacar, todavia, que a tentativa de exauri-los seria pretensiosa por parte do legislador, ao não prever a própria falibilidade. Exatamente por isso, grande parte da doutrina é adepta a *não-taxatividade*, desde que o *meio* utilizado seja consonante com os princípios processuais modernos, respeitando a moralidade, a dignidade e os valores da pessoa humana. A minoria que pugna pela *taxatividade*

---

<sup>10</sup> . OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.328.

limita a produção probatória àquelas hipóteses elencadas no Código de Processo Penal, por receio de que os citados princípios sejam desrespeitados.

Inobstante da tendência pela adoção da *não-taxatividade*, a liberdade probatória não pode ser tida como absoluta, sob pena de descumprimento de imperativos legais. A referida liberdade esbarra em alguns alicerces. Assevera Gomes Filho:

O direito das partes à introdução, no processo, das provas que entendam úteis e necessárias à demonstração dos fatos em que se assentam suas pretensões, embora de índole constitucional, não é, entretanto, absoluto. Ao contrário, como qualquer direito, também está sujeito a limitações decorrentes da tutela que o ordenamento confere a outros valores e interesses igualmente dignos de proteção.<sup>11</sup>

O primeiro deles estaria no *exame de pertinência da prova requerida*, realizado pelo juiz. Ainda que amparadas pelo direito à prova, as partes devem obedecer ao dever de atuar com boa-fé. Assim, uma vez cabendo ao juiz zelar pelo bom andamento da marcha processual, poderá promover o referido exame, visando impedir que diligências manifestamente protelatórias, incluindo-se aqui as provas e seus meios, sejam juntadas aos autos. Um exemplo estaria no art.400, §1º do Código de Processo Penal.

Um segundo alicerce encontra-se elencado no art.207 do mesmo *Codex*. Trata-se de uma prerrogativa fundamentada na função, ministério, ofício ou profissão da pessoa, cujo exercício exija *segredo ou sigilo*. Estando proibidos de prestar depoimento, salvo se desobrigada pela parte interessada. O depoimento de pessoa que se enquadra nessas hipóteses será considerado crime quando não houver justa causa, conforme leciona Mirabete:

Seguramente, o sigilo profissional é dever do advogado, que pode e deve recusar-se a depor como testemunha sobre fatos de que teve conhecimento em razão de sua atividade profissional, diante do disposto no art. 7º, XIX, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Diga-se, também, que a violação de segredo profissional é crime quando não há justa causa para a divulgação. No caso, não havendo obrigação de depor diante do artigo citado, não se exclui a tipicidade do fato se ocorrer a revelação do segredo.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup>. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal.

<sup>12</sup>. MIRABETE, Júlio Fabbrini São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 91.

---

O terceiro item se encontra no parágrafo único do art.155 do CPP, que contem disposição acerca do *estado das pessoas*. Conforme lê-se no dispositivo, as provas relativas a esta temática encontrarão, no Processo Penal, as mesmas restrições observadas na lei Civil. Já ensinava Câmara Leal que “*a prova do estado das pessoas fica subordinada às regras civis para sua produção*”.<sup>13</sup>

Deve-se citar também que a liberdade probatória não se estende às questões prejudiciais heterogêneas (arts. 92 e 93 do Código de Processo Penal), isto é, apreciadas em âmbito diferente do penal, mas cuja resolução influencie diretamente neste. No que diz respeito à essas questões, deverá o juiz penal restringir-se àquilo que for decidido em outra instância, não podendo determinar a realização de provas que disserem respeito às mesmas.

Outras restrições referem-se à condição de reincidente, que só se prova mediante apresentação de certidão da sentença condenatória transitada em julgado; à impossibilidade de o juiz decretar a extinção da punibilidade motivada pela morte do agente sem a juntada da respectiva certidão de óbito (art.62 do Código de Processo Penal); à exigência de cópia do decreto de graça ou indulto, para que haja seu reconhecimento (art.192 da Lei de Execução Penal); e mais, como as constantes nos arts. 233, 243, § 1º e 158 do CPP.

A mais importante vedação, todavia, encontra-se consubstanciada na própria Constituição Federal da República do Brasil, mais precisamente no art.5º, LVI, e reproduzido no CPP, em seu art.157, *caput*, conforme redação que lhe deu a Lei 11.690/08.

Devido à importância do tema, alvo de intermináveis debates doutrinários, proceder-se-á com a análise específica do tema, iniciando-se com a conceituação e partindo-se para a exposição teórica.

---

<sup>13</sup>. CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro, Vol.I. 1942. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. p. 429.

## II.II. CONCEITO

De acordo com o que se disse *supra*, a maior das restrições ao direito à prova, e conseqüentemente ao princípio da liberdade probatória no processo penal, a vedação às provas ilícitas por meios ilícitos encontra-se expressamente prevista na Carta Magna e também no Código de Processo Penal. *In verbis*:

Art. 5º, LVI, CF – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Art.157, *caput*, CPP - são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Conforme se vê, esta seria a definição legal dessas provas, ou seja, provas ilícitas seriam aquelas “obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”. A doutrina, todavia, não é uníssona quanto à conceituação.

Certo é que as *provas ilícitas*, ao lado das denominadas *provas ilegítimas*, são gênero das provas ilegais ou vedadas, que recebem tal denominação por que, por disposição de lei, não podem ser trazidas a juízo ou invocadas como fundamento de um direito.

As provas vedadas podem ser também entendidas como aquelas que, em sentido absoluto ou relativo, são contrárias a uma específica norma legal ou a um princípio de direito positivo. Seriam vedadas em sentido absoluto aquelas cuja produção é impedida pelo Direito; em sentido relativo, aquelas que, ainda que aceito o *meio de prova*, tem sua legitimidade condicionada à observância de determinadas formas pelo ordenamento jurídico.

A violação, independente da natureza da vedação, seria ilegal. A diferença reside no fato de que as *provas ilícitas* são aquelas cuja violação é relativa ao direito material, garantidor das liberdades individuais, dando-se no momento da colheita probatória, independente do momento processual. As *provas ilegítimas*, por sua vez, conteriam violação a impedimento de ordem processual, ou seja, quando não atendidos os preceitos processuais condicionadores de sua legitimidade estando às sanções previstas na própria lei processual.

Interessante destacar também que a proibição tem natureza substancial quando guardar relação com os direitos reconhecidos aos indivíduos pelo

ordenamento jurídico, inobstante de servirem, imediatamente, também a interesses processuais. A natureza processual da proibição, por sua vez, evidenciar-se-á quando sua imposição se der em função de interesses tangentes à lógica e à finalidade do processo.

Resta evidente, então, que ainda que as *provas ilícitas e ilegítimas* encontrem-se classificadas em um mesmo gênero – as provas ilegais – não se confundem. Explica pormenorizadamente, e exemplificando, Fernando Capez:

Provas ilícitas são aquelas produzidas com violação a regras de direito material, ou seja, mediante a prática de algum ilícito penal, civil ou administrativo, tais como: a diligência de busca e apreensão sem prévia autorização judicial ou durante a noite; a confissão obtida mediante tortura; a interceptação telefônica sem autorização judicial; o emprego de detector de mentiras; as cartas particulares interceptadas por meios criminosos. Enquanto, provas ilegítimas são as produzidas com violação a regras de natureza meramente processual, como: o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 475 CPP; os documentos juntados na fase do art. 406 CPP.<sup>14</sup>

Ainda que distintas entre si, é possível que determinadas provas possam ser, concomitantemente, ilícitas e ilegítimas. Isto ocorrerá nas hipóteses em que a própria lei processual proibir a sua produção em juízo. Leciona Ada Pellegrini Grinover:

Determinadas provas, ilícitas porque constituídas mediante a violação de normas materiais ou de princípios gerais do direito, podem ao mesmo tempo ser ilegítimas, se a lei processual também impede sua produção em juízo.<sup>15</sup>

Desta maneira, tem-se que a vedação estabelecida pela Constituição deve ser interpretada de forma ampla. Ao considerar que são inadmissíveis todas as provas obtidas através de meios ilícitos, abarcam-se tanto as provas ilícitas quanto as ilegítimas, não havendo utilidade para distinção, todavia, quanto às consequências jurídicas.

---

<sup>14</sup>. CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 129.

<sup>15</sup>. GRINOVER, Ada Pellegrini. As Nulidades do Processo Penal, 6ªed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 131.

Em sentido estrito, assevera Ada Pelegrini Grinover seu entendimento a respeito das *provas ilícitas*. *In verbis*:

(...) a prova colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e mais especificamente do direito à intimidade.<sup>16</sup>

Por fim, é de grande valia trazer à baila uma importante categoria de *prova vedada* pelo ordenamento jurídico, alvo de incansáveis embates doutrinários e jurisprudenciais não só no Direito Processual Penal pátrio. Trata-se daquelas provas que não são ilícitas em sua origem, ou seja, que por si só não violam qualquer norma de direito material. Todavia, em decorrência de derivarem de outras provas, e estas sim ilícitas, recebem a denominação de *provas ilícitas por derivação*.

A abrangência do tema é muito vasta, motivo pelo qual faz por merecer um estudo mais aprofundado, o que será feito *a posteriori*.

### II.III. TEORIAS ACERCA DA PROVA ILÍCITA

A inadmissibilidade da prova ilícita na jurisprudência deu-se, inicialmente, em solo norte-americano, no ano de 1914. Naquela ocasião a Suprema Corte considerou que uma Corte Federal incorreu em *prejudicial error* ao admitir que fossem juntados ao processo documentos apreendidos na casa do acusado, sem o respectivo mandado judicial.

Em solo brasileiro, antes da Constituição vigente, a doutrina dividia-se quanto à admissão daquelas provas, tendendo para a não-aceitação<sup>17</sup>. Promulgada a Constituição Federal da República do Brasil, de 1988, restou positivada a expressa proibição de tais provas no ordenamento jurídico.

Apesar da vedação expressa, não tiveram fim os embates doutrinários e jurisprudenciais, de modo que permanece a discussão acerca do conteúdo e

<sup>16</sup>. GRINOVER, Ada Pellegrini. As Nulidades do Processo Penal, 6ªed. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>17</sup>. GRINOVER, Ada Pelegrini. O processo em evolução. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 50.

abrangência desse princípio<sup>18</sup>.

Daí a necessidade de se expor as correntes que se apresentam. São basicamente 3 (três) posições doutrinárias: uma corrente advoga em favor da possibilidade de produção de provas ilícitas no processo, outra entende ser essa produção juridicamente impossível e, por fim, há uma corrente que defende uma forma conciliadora, devendo ser analisados os princípios envolvidos no caso concreto sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

Proceder-se-á com a análise das supracitadas correntes.

#### II.III.I. Teoria da admissibilidade ou teoria permissiva

Os adeptos da *admissibilidade da prova ilícita no Processo Penal* argumentam que, inobstante de a prova ter sido colhida por meios violadores de norma de direito material, as mesmas devem ser amparadas e dotadas de eficácia e validade.

Isto por que a ilicitude na obtenção não teria o condão de retirar da prova seu valor como reveladora da verdade e elemento indispensável para formar o convencimento do julgador. Sendo assim, e considerando que a finalidade do processo reside na busca pela verdade, com conseqüente realização da justiça, devem-se reputar como válidas e eficazes essas provas, uma vez que a ilicitude aloca-se na obtenção das mesmas, e não em seu conteúdo.

Que não se perca da memória, todavia, que embora essa admissibilidade se justifique pela busca da verdade, não está o Estado isento do dever de exercer a persecução criminal contra aquele agente que infringiu normas legais e os direitos do réu. Nesse sentido, explica Fernando de Almeida Pedroso:

Se o fim precípua do processo é a descoberta da verdade real, aceitável é que, se aprova ilicitamente obtida mostrar essa verdade, seja ela admissível, sem olvidar-se o Estado da persecução criminal contra o agente que infringiu as disposições legais e os direitos do réu.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup>. FERNANDES, A. S. Processo penal constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 80.

<sup>19</sup>. PEDROSO, Fernando de Almeida. Processo Penal: O Direito de Defesa - Repercussão, amplitude e limites. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 163.

Ademais, a *teoria* leciona que o direito possui ramos autônomos, podendo-se por isso aceitar a prova ofensora de direito material, desde que haja a devida punição àquele ofensor. Ou seja, aquele que violar norma substancial deverá responder pelas infrações penais praticadas no decorrer da produção probatória, mas a prova colhida não deve ser tolhida de sua eficácia.

Alega-se, ainda que a prova não deverá ser afastada do processo, exceto se houver determinação legal nesse sentido. Assim, para que houvesse o desentranhamento, a prova deveria ser *ilícita e ilegítima*, concomitantemente.

### II.III.II. Teoria da inadmissibilidade ou teoria obstativa

A Lei nº 11.690 de 11.06. 2008 deu nova redação ao art. 157 do CPP, não admitindo, no processo, em conformidade com o art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, as *provas ilícitas*, que são as obtidas com violação a normas constitucionais ou legais, ou seja, de direito material. Tais provas deverão ser desentranhadas do processo, nos termos do *caput* do art. 157, do Código de Processo Penal, e em se configurando crime, acarretar na persecução penal do agente.

A citada inovação legislativa manifestou expressamente o entendimento do legislador acerca das conseqüências jurídicas em caso de violação de norma constitucional ou legal, traduzida na impossibilidade de utilização dessas provas.

Essa corrente defende que a prova obtida por meios ilícitos deve ser, de pronto, rejeitada. Diante disso, pode-se inferir que por *teoria da inadmissibilidade ou obstativa* entende-se com aquela que considera inadmissíveis as provas ilícitas obtidas ilicitamente, independente da relevância dos direitos em questão.

Ada Pellegrini Grinover alega que nesses casos incide o que denomina “atipicidade constitucional”, que consiste na desconformidade com o padrão imposto pela Carta Maior. Nas palavras da nobre processualista:

Nesses casos incide a chamada atipicidade constitucional, isto é, desconformidade do padrão, do tipo imposto pela Carta Magna. E, também, porque os preceitos constitucionais relevantes para o processo têm estatura de garantia, que interessam à ordem pública e

à boa condução do processo, a contrariedade a essas normas acarreta sempre a ineficácia do ato processual, seja por nulidade absoluta, seja pela própria inexistência, porque a Constituição tem como inaceitável a prova alcançada por meios ilícitos. Para esta teoria, o direito não deve proteger alguém que tenha infringido preceito legal para obter qualquer prova, com prejuízo alheio. Nestes casos, o órgão judicial tem o dever de ordenar o desentranhamento dos autos da prova ilicitamente obtida, não lhe reconhecendo eficácia.<sup>20</sup>

Conforme se verifica, a teoria em tela advoga pela rejeição incondicional da prova ilícita no processo, sob o fundamento de que a prática de conduta contrária à defendida (inadmissão) afrontaria tanto o direito positivo, quanto os princípios gerais do direito, notadamente no que tange às Constituições essencialmente assecuratórias, ou seja, que dão ênfase ao reconhecimento dos direitos e garantias individuais.

Nesse sentido, não se poderia deixar de citar a fundamentação de voto de um dos maiores nomes dentre aqueles cujo entendimento corrobora com esta corrente doutrinária, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello. *In verbis*:

(...) a norma inscrita no art. 5º, LVI, da Lei Fundamental promulgada em 1988, consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (Ada Pellegrini Grionover, novas tendências do direito processual, p. 60/82, 1990, Forense Universitária; Mauro Capelletti, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, em *Rivista di Diritto Civile*, p. 112, 1961; Vincenzo Vigoriti, *prove illicite e costituzione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, p. 64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – e repudiada sempre – pelos juízes e Tribunais, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, Grionover, op. Cit., p. 62, 1990, Forense Universitária). A cláusula constitucional do *due process of law* – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela

---

<sup>20</sup>. GRINOVER, Ada Pellegrini. As Nulidades do Processo Penal, 6ªed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.24.

pretende evidenciar. Trata-se de conseqüência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica. Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, que a *Exclusionary Rule*, considerada essencial pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado, destina-se, na abrangência de seu conteúdo, e pelo banimento processual de evidência ilicitamente coligida, a proteger os réus criminais contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora. (*Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493, 1967; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961; *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 1962, v.g.).<sup>21</sup>

Outra fundamentação doutrinária que advoga em prol da teoria que se apresenta encontra embasamento no *princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado*<sup>22</sup>. Tal princípio preconiza que, uma vez presumida e reconhecida a legalidade e a moralidade dos atos praticados pelo órgão estatal, não pode ser admitido que sejam utilizados por seus agentes meios ilegais, ainda que tenham por objetivo o combate à criminalidade.

Por fim, percebe-se que a teoria ora analisada traduz-se numa manifesta demonstração de respeito à seriedade da justiça e ao ordenamento jurídico, na medida em que atende aos preceitos atinentes ao devido processo legal. Mais, respeita também à dignidade da pessoa humana, tutelando os direitos fundamentais. Por isso, a limitação imposta aos órgãos responsáveis pela persecução penal seria justificável, uma vez que a investigação da verdade não pode ser obtida a qualquer preço.

Arremata Eugenio Pacelli de Oliveira:

(...) a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias por parte de quem é o grande responsável por sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente

<sup>21</sup>. Voto do Ministro do STF, Celso de Mello, na AP-307-3/DF.

<sup>22</sup>. GRINOVER também aponta a moralidade e a legalidade que devem recobrir os atos praticados pelo Estado como elementos justificadores da inadmissibilidade das provas ilícitas (*O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 46).

*pedagógica*, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.<sup>23</sup>

### II.III.III. Teoria da proporcionalidade.

Inobstante da previsão constitucional e legal acerca da impossibilidade de se admitir a prova obtida por meios ilícitos no processo, doutrina e jurisprudência tem sido tendenciosas no sentido de se abandonar essa inflexibilidade. Tal tendência funda-se no entendimento de que, a depender da análise do caso concreto, o interesse social que se busca tutelar possa ter maior relevância do que o direito individual a ser resguardado.

Conforme assevera Júlio Fabbrini Mirabette<sup>24</sup>:

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

Desenvolvida pelo direito alemão e permeando os mais variados preceitos constitucionais, a Teoria da proporcionalidade - ou da razoabilidade - afasta-se do extremismo intrínseco às teorias *supra* abordadas e, por intermédio de seu princípio norteador, de mesmo nome, confere ao Magistrado elementos suficientes e necessários para que este promova uma interpretação teleológica da Lei Maior, visto que nenhum princípio goza de caráter absoluto em virtude da necessidade de convivência no mesmo ordenamento jurídico.

---

<sup>23</sup>. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.328.

<sup>24</sup>. MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal, 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 278.

Ensina Hely Lopes Meirelles<sup>25</sup> que o princípio da proporcionalidade "(...) pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva

aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da administração pública, com lesão aos direitos fundamentais" A aplicação do citado princípio resta evidente quando, diante de direitos conflitantes, couber ao julgador realizar o devido sopesamento entre os bens jurídicos envolvidos, culminando na determinação de qual deles deverá ser sacrificado e em que medida, e, conseqüentemente, numa ponderação mediana de justiça.

Esse sopesamento, que viabilizará a admissão da prova ilícita, todavia, deverá observar algumas regras, cuja imposição se faz obrigatória.

Conforme o entendimento de Celso Bastos Ribeiro<sup>26</sup>, a primeira das regras refere-se à indispensabilidade da prova para a proteção de direito que seja mais valorizado pela Carta Magna do que aquele afetado pela produção probatória. A segunda impõe que a prova seja produzida com a finalidade de beneficiar ao réu, e não ao Estado, titular da Ação Penal. Por fim, inobstante da regra anterior, o réu não deve ter participado, direta ou indiretamente, do procedimento inconstitucional que teve como resultado a coleta da prova.

Diante dessas circunstâncias, resta evidente não ser simplória a tarefa do Julgador no momento da avaliação dos direitos postos em confronto, uma vez que variáveis de acordo com o caso concreto. É importante frisar que não se trata da realização de um cotejo valorativo em abstrato.

Cumprirá àquele estabelecer uma prevalência axiológica de um bem quando comparado ao outro, tomando por base os valores existentes à época da apreciação, pois assim exige o princípio da proporcionalidade. Assim, terá possibilidade de decidir sobre o cabimento da utilização da prova ilícita.

Em tempo, cumpre evidenciar que há pontos negativos quando do emprego do princípio da proporcionalidade. Alguns doutrinadores, como Camargo Aranha, advogam que, uma vez fulcrado na finalidade de atenuar a vedação às provas ilícitas presente na Constituição Federal, o emprego do citado princípio possibilitaria

---

<sup>25</sup>. MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 86.

<sup>26</sup>. BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989. p.276.

a geração de insegurança jurídica, considerada a subjetividade na avaliação da subjetividade da prova<sup>27</sup>. Ademais, alega-se que o juiz passa a dispor de poderes absolutos na apreciação acerca de que valor deverá preponderar.

As críticas à aplicação do princípio em tela são rebatidas por Barbosa Moreira, que argumenta que "(...) freqüentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação das normas redigidas com conceitos jurídicos indeterminados, como o de "bons costumes", o de "mulher honesta"<sup>28</sup> advertindo ainda que a observância cega e inflexível ao preceito constitucional poderia acarretar em aberrações quicá maiores do que aquelas passíveis de advir do subjetivismo do Magistrado quando do exercício do juízo de admissibilidade da prova ilícita<sup>28</sup>.

#### II.III.III.I. Prova ilícita *pro reo*

Ainda na esteira da Teoria da Proporcionalidade, não se olvide tecer comentários acerca da corrente da admissão da prova ilícita *pro reo*. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade que vem sendo sistematicamente utilizado não apenas pela doutrina, como também pela jurisprudência, no sentido de permitir a utilização daquelas provas, principalmente no processo penal e quando dela provier a única forma de prova a inocência.

---

<sup>27</sup>. ARANHA, Adalberto Q. T. de Camargo. Da Prova no Processo Penal. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996. p.56.

<sup>28</sup>. Barbosa Moreira, com o objetivo de demonstrar a possibilidade de aberrações decorrentes da observância absoluta da vedação constitucional às provas ilícitas, apresenta o seguinte caso: "Suponhamos, por exemplo, que em processo civil, onde se pleiteia a condenação do réu a cumprir certa obrigação, o autor alegue que o adversário lhe furtara o documento oferecido como prova de já se haver extinguido a obrigação. O juiz civil tem de examinar a alegação e resolver a questão suscitada, para saber se pode ou não basear a decisão nesse documento. Por hipótese, ele reconhece a ocorrência de furto, rejeita o documento como prova ilícita e, na ausência de outras favoráveis ao réu, condena-o a satisfazer a pretensão do autor. É obvio que a solução adotada pelo juízo civil, ainda que transite em julgado a sentença, não produzirá efeitos fora do pleito que lhe tocava julgar, e de maneira alguma impedirá que, em subseqüente processo penal, o órgão competente para decidir a matéria venha a absolver o suposto infrator, negando a existência do fato delituoso e afirmando que fora absolutamente regular o comportamento do réu. *Quid iuris?* No feito cível desprezou-se uma prova que, afinal de contas, não era ilícita. O litigante que apresentara o documento terá sofrido manifesta e injusta lesão no direito de provar suas alegações – lesão que se cristalizará em definitivo, caso não exista no ordenamento remédio idôneo para ensejar, em tal hipótese a revisão do julgamento civil" (BARBOSA MOREIRA, p. 4.).

Argumentam os defensores dessa corrente que os direitos fundamentais devem ser relativizados, de forma a permitir a convivência harmônica entre os princípios constitucionais. Sendo assim, na colisão entre a vedação da admissão de provas ilícitas, que objetiva proteger os direitos fundamentais do cidadão, e o direito individual de provar a própria inocência, o último deve prevalecer, uma vez que na sociedade atual valores como a dignidade humana e a liberdade configuram-se insuperáveis. Ademais, ao Estado não interessa punir alguém inocente enquanto o verdadeiro culpado permanece impune.

Há defesa à tese, ainda, no sentido de que "até mesmo quando se trata de prova ilícita colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas de justificação legais da anti-juridicidade, como a legítima defesa"<sup>29</sup>.

Frise-se a posição do Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento coaduna-se com este ora salientado, no sentido de que, em se tratando de provas ilícitas, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade *pro reo*, visto que a ilicitude restaria eliminada por causas excludentes da antijuricidade, observado o princípio da inocência.

Conforme jurisprudência do Pretório Excelso e do STJ:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. 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. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação <sup>3</sup>/<sub>4</sub> "*the fruits of the poisonous tree*" <sup>3</sup>/<sub>4</sub> não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido. AgRg no AI nº 503617/PR. Relator: Carlos Velloso. Data do julgamento: 01.02.05. DJ de 04.03.05, p. 00030.

---

<sup>29</sup>. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P.66

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. VEREADOR. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. CONDENAÇÃO. FITA CASSETE. PROVA. LICITUDE.

1. A uníssona jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação efetuada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos em tese criminosos é prova lícita e pode servir de elemento probatório para a *notitia criminis* e para a persecução criminal.

2. Contrariando a tese defensiva, as instâncias ordinárias afastaram de modo veemente a alegação de que a fita fora produto de "montagem". Assim, a pretensão de desqualificar a força probante da fita colacionada nos autos demanda, indistintamente, o reexame de prova, o que, como é sabido e consabido, não se coaduna com a via eleita. 3. Se não bastasse, vê-se claramente – tanto na sentença condenatória como no acórdão que a confirmou em sede de apelação – que a mencionada gravação não foi o único elemento de convencimento do Juízo, que se valeu ainda de provas testemunhais.

4. Ordem denegada. HC nº 36545/SP. Relatora: Laurita Vaz. Data de julgamento: 02.08.05. DJ de 29.08.05, p. 374.

Barbosa Moreira assevera sua concordância no tocante à isenção do veto à utilização de provas ilícitas pela defesa, alegando que, em condições de normalidade, tal benefício consiste em uma forma de promover o equilíbrio da relação processual, uma vez que a acusação, majoritariamente, dispõe de melhores recursos quando comparada ao réu. Seria um favorecimento à igualdade substancial. Adverte, todavia, que "pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam a sociedade contemporânea". Na visão do renomado autor, esse seria mais um motivo abalizador para que não seja adotada uma solução apriorística e extremada quanto à vedação constitucional.

Por fim, e ainda no bojo da Teoria ora analisada, faz-se referência à corrente da admissão da prova ilícita *pro societate*, doravante comentada.

#### II.III.III.I. Prova ilícita *pro societate*

Conforme *supra* explanado, é predominante na doutrina brasileira a tendência no sentido de acolher a teoria do princípio *favor rei*, ou seja, visando favorecer o acusado, admitindo-se, por isso, provas ilícitas no processo penal, desde que em benefício da defesa.

Todavia, em razão da necessidade de proteger a sociedade contra a ameaça decorrente da expansão da criminalidade organizada, levanta-se a hipótese de flexibilizar a vedação constitucional às provas obtidas por meios ilícitos em benefício da sociedade e, conseqüentemente, em desfavor do acusado.

Ensina com clareza Paulo Lúcio Nogueira:

A teoria da proporcionalidade é perfeitamente defensável, pois tendo em vista o interesse social ou público, deve este prevalecer sobre o particular ou privado, que de modo algum merece ser resguardado pela tutela legal, quando o particular faz mau uso do seu direito. A regra é que todo cidadão merece o amparo ou proteção constitucional dos seus direitos fundamentais, mas, desde que faça mau uso desses direitos, deixa também de continuar merecendo proteção, principalmente quando se contrapõe ao interesse público. No entanto, é de se salientar que há necessidade de autorização judicial por escrito para a realização ou obtenção da prova ilícita, pois não pode a autoridade policial, por simples suspeita, fazer diligências que atentem contra os direitos fundamentais individuais (...)<sup>30</sup>

Depreende-se do exposto que a partir do momento em que o particular faz uso inapropriado de seus direitos individuais, passa a desmerecer a tutela dos mesmos, principalmente quando tem interesses opostos àqueles da sociedade. Destaca-se, no entanto, que não é irrestrita a flexibilidade, ainda que em prol da sociedade, de forma que seria necessário haver autorização judicial por escrito, não se permitiria a tortura ainda que preponderante o interesse público, entre outros.

Inobstante da dificuldade em se fixar parâmetros, é tarefa da doutrina e da jurisprudência fazê-lo, promovendo o relaxamento dos rigores passíveis de gerar insegurança e injustiça social, isto é, visando à adoção do princípio da proporcionalidade como instrumento viabilizador da admissibilidade da prova ilícita em favor da acusação, e em última análise, da sociedade<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup>. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Penal. 10ª ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1996. p.225.

<sup>31</sup>. Paulo Lúcio Nogueira traz à baila situação hipotética criada pelo desembargador aposentado Francisco César Pinheiro Rodrigues, num momento em que ainda havia discussão sobre se a interceptação de conversa telefônica poderia ser feita mediante autorização judicial ou somente quando fosse regulamentada por lei: "Assim, se uma organização terrorista ameaçasse envenenar as represas de uma cidade, caso não atendidas as suas exigências, e houvesse possibilidade de se impedir isso com a localização dos terroristas, mediante escuta telefônica, seria lícito indeferir tal escuta, que evitaria milhares de mortes, apenas com o argumento de que o parágrafo não abriu exceção à proibição?" (NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Penal. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996. p.223.)

Nesse sentido encontra-se decisão do Supremo Tribunal Federal, em acórdão lavrado pelo Ministro Celso de Mello, assim ementada:

E M E N T A: HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. – (...) - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art.41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de hábeas corpus". (HC 70.814-SP. 1ª Turma. Rel Min. Celso de Mello. J. 01/03/94. DJ. 24/06/94.).

No mesmo sentido, manifestou-se também o Superior Tribunal de Justiça, em decisão cuja ementa se transcreve:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. RÉU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIÁRIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O INCISO LVI DO ART 5.º DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE "SÃO INADMISSÍVEIS AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO", NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HÁ SEMPRE UM SUBSTRATO ÉTICO A ORIENTAR O EXEGETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE. A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE É DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVÉS DA "ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL" ("VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG"), BASE PARA O ENTENDIMENTO DE QUE A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA É RELATIVA. A JURISPRUDÊNCIA NORTE AMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO É TRANQUILA. SEMPRE É INVOCÁVEL O PRINCÍPIO DA "RAZOABILIDADE" ("REASONABLENESS"). O "PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS" ("EXCLUSIONARY RULE") TAMBÉM A PEDE TEMPERAMENTO. ORDEM DENEGADA". (HC

3.982-RJ, 6ª Turma. Rel. Min. Adhemar Maciel. J. 05/12/95. DJ. 26/02/96.).

Ainda que existam decisões que corroboram com o entendimento defendido pela corrente da admissibilidade da prova ilícita *pro societate*, não há posição pacificada na doutrina ou jurisprudência, uma vez que não há desenvolvimento conceitual satisfatório. Parte disse deve-se justamente à citada dificuldade na fixação de parâmetros consistentes, que indiquem a existência de situações extremas que justifiquem a flexibilização dos direitos fundamentais.

#### II.IV. DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

Oriunda de decisões proferidas pela Suprema Corte Norte Americana, a *fruits of the poisonous tree doctrine* ou a teoria dos frutos da árvore envenenada, como é conhecida no Brasil, prescreve que os vícios da planta serão transmitidos a todos os seus frutos<sup>32</sup>. Analogamente, provas ainda que colhidas de forma lícita, seriam consideradas ilícitas se derivadas de provas também viciadas. Ou seja, estariam evivadas da ilicitude originária.

Trata-se das *provas ilícitas por derivação*, questão de suma importância no estudo das provas ilícitas, principalmente no tocante a produção de seus efeitos no processo penal.

Para grande parte da doutrina, a teoria mencionada estaria incorporada à regra da exclusão (“*Exclusionary Rule*”), acessória ao dispositivo contido no art.5º, LVI, da Constituição Federal. Dessa forma, deveriam também ser inadmitidas no processo. Tal entendimento veio a ser positivado com a Reforma Processual Penal, que dispõe expressamente que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas (...)”.

Ensina Eugênio Pacelli de Oliveira:

A teoria dos *fruits of the poisonous tree*, ou teoria dos frutos da

---

<sup>32</sup>. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 67.

árvore envenenada, cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana, nada mais é que simples conseqüência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. [...] 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). Assim, a teoria da *ilicitude por derivação* é uma imposição pela aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.<sup>33</sup> [grifos do original]

Destaca-se, todavia, que a questão se afigura mais dificultosa na prática, principalmente no que tange à identificação do “nexo de causalidade da prova”, para que se possa aferir que a prova efetivamente deriva da ilícita. Por esse motivo, e também pela relatividade com que a teoria deve ser aplicada, surgiram na doutrina norte-americana teorias que visam excluir a contaminação originária das provas ilícitas por derivação, tornando-as admissíveis.

Algumas delas foram importadas, e mesmo positivadas, pelo ordenamento jurídico brasileiro.

## II.V. TEORIAS EXCLUDENTES DA CONTAMINAÇÃO APLICADAS NO DIREITO PÁTRIO E NO DIREITO COMPARADO (EUA)

Conforme depreendido daquilo que foi *supra* exposto, a teoria dos frutos da árvore envenenada não goza de caráter absoluto nem mesmo em seu berço, os Estados Unidos da América.

Dessa forma, é possível identificar certo temperamento na Jurisprudência norte-americana, que representam exceções, ou limitações, à “*Exclusionary Rule*”.

Analisando a temática, Danilo Knijnik enumera 4 (quatro) dessas mitigações à aplicabilidade da doutrina em tela no âmbito jurisprudencial.

---

<sup>33</sup>. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.349.

### II.V.I. Teoria da Fonte Independente (*independent source limitation*)

A *Teoria da Fonte Independente*, aplicada pioneiramente no caso “*Silverthorne Lumber Co. v. US*” e posteriormente também nas lides envolvendo “*Bynum v. US*” e “*US v. Crews*” teve como argumento a afirmação de que a prova proveniente de fonte independente, por não estar diretamente ligada à árvore, goza de perfeitas condições de utilização, visto que não estaria sofrendo influência da violação regulada da IV Emenda, que dispõe principalmente sobre direitos fundamentais.

A teoria em estudo determina que “os fatos obtidos através de uma violação constitucional não seriam, necessariamente, inacessíveis ao tribunal, desde que pudessem ainda ser provados por uma fonte independente”. Faz-se mister enfatizar não se tratar meramente de uma possibilidade de que a prova seja obtida sem conexão com aquela de caráter ilícito, devendo haver elementos verossímeis que possibilitem tal obtenção.

Diante disso, impõe-se seja realizado rigoroso exame para que a teoria em comento seja reconhecida, devendo haver demonstração cabal de que a prova que se quer ver valorada pelo Magistrado seja oriunda de fonte autônoma, de modo que, em não se fazendo tal exigência, a proibição estaria passível de tranquila burlação.

A exceção da *Fonte Independente* encontra-se positivada na segunda parte do §1º do artigo 157, do Código de Processo Penal brasileiro, *in verbis*:

“Art.157. §1.º (...) salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”

### II.V.II. Teoria da Descoberta Inevitável (*Inevitable Discovery*)

Segunda exceção à *fruits of the poisonous tree doctrine*, a *Teoria da Descoberta Inevitável* estabelece que a prova ilícita, decorrente de violação da IV Emenda da Constituição norte-americana, por exemplo, poderia ser admitida, desde que se pudesse comprovar que a mesma seria inevitavelmente descoberta por meios jurídicos possíveis.

A questão, nessa álea, não é verificar se a prova foi obtida em abstração à árvore envenenada. Indispensável é a avaliação sobre a possibilidade de a prova ser hipoteticamente descoberta por meios jurídicos legais, apesar da sua inconstitucionalidade.

Afirma-se, ainda, que o ônus de demonstrar essa inevitabilidade da descoberta incumbe à acusação, conforme entendimento da Suprema Corte Norte-Americana no caso “*Nix v. Williams*”, em 1984.

Neste, estabeleceu-se que a referida análise hipotética acerca da possibilidade de descoberta por meios jurídicos legais não pode fundar-se em simples conjecturas.

A *Inevitable Discovery Limitation* encontra-se positivada no §2º do artigo 157, do Código de Processo Penal. Note-se, todavia, que conforme assevera Eugenio Pacelli de Oliveira, a Lei 11.690/08 incorre em equívoco técnico. No referido dispositivo, pretendendo definir o significado de *Fonte Independente*, disse o legislador tratar-se da prova 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”<sup>34</sup>. A definição, todavia, é da hipótese ora tratada, da *Descoberta Inevitável*.

#### II.V.III. Descontaminação ou da tinta diluída (*The Purged Taint Limitation*)

Uma terceira mitigação à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada verificada na jurisprudência ianque recebeu a denominação de *The Purged Taint Limitation* e trata da possibilidade de que ocorra, no processo, fato capaz de promover a imunização dos frutos pela purgação do veneno.

Caso notório da aplicação dessa limitação é o “*Wong Sun v. US*”. Neste, agentes policiais efetuaram prisão ilegal de “A”, que imediatamente incriminou “B”. Este também foi preso sem o devido mandado e prestou depoimento acusando “C”, que, por sua vez, também foi preso em inobservância aos preceitos legais.

Posteriormente, todavia, “C” confessou espontaneamente sua participação nos crimes. Diante da confissão, “A” e “B” invocaram a *fruits of the poisonous tree*

---

<sup>34</sup>. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.349.

*doctrine*, assim como a exclusão ora explanada, pedido acolhido pela Suprema Corte Norte-Americana.

Alegando fundamento idêntico, “C” também requereu a exclusão, afirmando só ter confessado a prática delituosa em função das prisões ilegalmente efetuadas.

A Corte, no entanto, não acatou o pedido. De acordo com o entendimento daquela, uma vez que a confissão operou-se de forma coadunada aos direitos fundamentais do indivíduo, deu-se a atenuação da conexão entre prisão e conexão, rompendo o nexo de causalidade com a prova obtida ilicitamente.

Em suma, a *Limitação da Descontaminação* ou da *Tinta Diluída*, trata da hipótese de um fato independente intervir no curso do processo, tornando secundários ou rompendo os vínculos da prova obtida licitamente com aquela originariamente ilícita.

#### II.V.IV. Teoria da exceção da boa fé (*good faith exception*)

Por fim, a última das exceções consiste na *Limitação da Boa-fé* (*The Good Faith Exception*), cuja aplicação inicial pela Suprema Corte Norte Americana se deu no caso “*US v. Leon*”.

Naquele, policiais californianos cumpriram mandado que, posteriormente, seria invalidado. Em consequência, os acusados requereram a supressão da prova, invocando a *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*.

A referida Corte, entretanto, indeferiu o pedido sob a alegação de que a autoridade policial realmente acreditava cumprir a diligência em observância aos direitos fundamentais. Nisto reside o argumento da exceção, que, de acordo com a doutrina norte-americana:

The good faith exception doctrine is an exception to the exclusionary rule provides that illegally gathered evidence can be admitted at trial if police officers have reason to believe their actions are legal. Under the original exclusionary rule, police were strictly responsible for their violations of constitutional law. The good faith rule permits the courts to consider the mental state of the police officer.<sup>35</sup>

<sup>35</sup>. Em: < <http://definitions.uslegal.com/g/good-faith-exception/> >. Acesso em: 14 Novembro 2010.

Em tempo, explicitadas as limitações à *fruits of the poisonous tree doctrine*, justificadora da extensão da vedação às provas ilícitas por derivação, salienta-se que as duas últimas limitações não são, por ora, acolhidas pela jurisprudência pátria.

Ademais, são menos comuns mesmo na jurisprudência que as conheceu, principalmente no que tange à última, essencialmente em virtude da dificuldade de sua demonstração.

### III. DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

*Ex positis*, apresentadas as correntes doutrinárias referentes à temática proposta, os argumentos que as sustentam, bem como os desdobramentos – em especial no que tange às *provas ilícitas por derivação* – e suas nuances no Direito Comparado, faz-se mister posicionar-se diante da proposição em tela.

Destarte, cumpre evidenciar que nosso entendimento se encontra em consonância com aquele defendido pelos adeptos da *Teoria da Proporcionalidade*, cuja base argumentativa consiste na aplicação do princípio de mesma nomenclatura. Para alguns doutrinadores, sinônimo do princípio da razoabilidade.

A opinião ora manifestada funda-se essencialmente na flexibilidade quando da apreciação da admissibilidade das provas ilícitas no Processo Penal, oriunda da cuidadosa consubstanciação entre bom senso e a aplicação do Direito por parte do Julgador. Ou seja, a decisão acerca da admissibilidade discutida na presente não deve estar pré-definida pelo ordenamento jurídico mediante o exercício do sopesamento *in abstracto* dos princípios constitucionais e/ou direitos fundamentais, sob pena de negligenciarem-se os efeitos temporais que se operam, interferindo na importância das mesmas.

Assim, entende-se que o engessamento promovido pelas correntes *permissiva* e *obstativa* é passível de ocasionar prejuízos de maiores dimensões do que aqueles eventualmente originados da análise das garantias supracitadas colidentes envolvidas, no caso concreto, na vigência da persecução penal.

Ademais, o tempo afeta não apenas os valores adjacentes àquelas garantias, pura e simplesmente; essa afetação é consequência imediata da própria sociedade, em constante mutação. Exemplo disso é o desenvolvimento do crime organizado no país, grande pilar argumentativo dos defensores da corrente em favor da aceitação da prova ilícita *pro societate* no Processo Penal.

Nesta, alega-se que os males advindos dessas organizações em franca expansão possam atingir tal monta que a sociedade, anexada aos seus interesses, deve ser protegida, em detrimento aos integrantes daquelas.

Apesar de contar com alguns militantes em sua defesa e até mesmo existirem decisões que coadunam com o seu entendimento, esta tese não tem, ainda, grande utilização. Para tanto, é necessário que se atinja maior amadurecimento doutrinário e jurisprudencial no sentido que se estabeleçam parâmetros que tornem possível

mensurar a importância dos interesses sociais em prejuízo aos do réu, maior beneficiário da corrente que advoga pela admissão da prova ilícita *pro reo*.

Em tempo, destaca-se que esta última goza de maior prestígio junto à doutrina e jurisprudência pátrias, principalmente em virtude de a vedação às provas ilícitas estar contida no artigo 5.º da Constituição Federal, rol de direitos fundamentais. Assim, aquelas poderiam ser utilizadas, desde que em benefício do réu, sendo uma prerrogativa.

Todavia, o nosso entendimento quanto a essa corrente segue raciocínio análogo ao anterior: se a fixação de critérios é um obstáculo para que se possa concluir em que circunstâncias o interesse da sociedade preponderará sobre o do réu, da mesma forma acontece na situação inversa.

Ademais, além da defesa pela flexibilização, principalmente em decorrência dos efeitos do tempo, não se olvide que os direitos fundamentais não são absolutos. Nesse diapasão, a aplicação de quaisquer entendimentos sem o necessário exame das circunstâncias fáticas poderá ensejar prejuízos incalculáveis, motivo pelo qual, mais uma vez, enfatiza-se que nossa opinião vai ao encontro daquela ensejada pelos ensinamentos intrínsecos à *Teoria da Proporcionalidade*.

Em última análise, não se considera adequada a adoção de posições imutáveis relativas à admissibilidade que é ora debatida. Inobstante da dificuldade na fixação de parâmetros para que se adote a *Teoria da Proporcionalidade* de forma que menos comprometa a segurança jurídica e a injustiça social, a permissão e a vedação absolutas não são compatíveis com a dinâmica social que hodiernamente vivemos.

#### IV. CONCLUSÃO

Uma vez que a matéria probatória tem por objetivo a reconstrução histórica dos fatos da maneira mais próxima à realidade, constitui elemento de suma importância para a formação do convencimento do Magistrado acerca dos fatos narrados pela exordial, restando evidente a importância da valoração das provas para que se alcance uma decisão justa e adequada.

As referidas provas serão valoradas em consonância com o *sistema da persuasão racional*, cujo princípio norteador – do livre convencimento motivado – encontra-se previsto constitucionalmente no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 93. *Omissis*

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes;

Tal sistema atribui liberdade decisória ao juiz no que tange a apreciação das provas. No entanto, com vistas a impedir que seu poder se torne absoluto, limita-o às provas constantes dos autos, não o dispensando da devida fundamentação, que conterà o raciocínio que o levou a optar por considerar ou preterir determinadas provas.

Ademais, estará adstrito também à observância de outros princípios constitucionais, tais quais: princípio do contraditório, da ampla defesa e do próprio direito de ação. Nesse diapasão encontra-se incluso o direito à ampla liberdade probatória, que possibilita às partes provar tudo aquilo que vier a ser alegado.

Todavia, nenhum direito é absoluto. E a liberdade probatória conferida às partes encontra balizamento na vedação contida nos artigos 5.º, LVI e 157, da Constituição da República Federativa do Brasil e do Código e Processo Penal, respectivamente.

Trata-se da vedação à admissibilidade, no Processo, das provas obtidas através de meios ilícitos. Assim, estariam as partes vedadas de fundamentar suas alegações com base nessas provas e, da mesma forma, o Julgador, ainda que plenamente convencido. Como decorrência da adoção de um Estado Democrático

de Direito, são exaltados os direitos fundamentais do cidadão, ainda que em detrimento da busca pela verdade que se visa comprovar.

É nessa vedação que se encontra a questão pontual da presente. Mais precisamente, indaga-se se tal vedação é absoluta ou passível de flexibilização, e conseqüente admissão, através do exercício de sopesamento entre os princípios envolvidos *in concreto*.

Trata-se da *Teoria da Proporcionalidade*, desenvolvida pelo direito alemão, e que, após reconhecimento doutrinário e jurisprudencial, vem sendo aplicada pelos Tribunais, seja em favor do réu, hipótese mais comum, ou da sociedade (*Pro reo* ou *pro societate*).

Com entendimentos distintos encontram-se as teorias da *Inadmissibilidade*, ou *obstativa*, e da *Admissibilidade*, ou *permissiva*. Ambas defendem posições extremadas, defendendo pela admissão ou não das provas ilícitas com base na análise em abstrato do ordenamento jurídico. Por esse motivo, entende-se estarem em desacordo com a dinâmica do nosso tempo, bem como seus efeitos na análise dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, uma vez que desconsideram as peculiaridades do caso concreto.

Na esteira das provas ilícitas, outra questão importante é a referente às *provas ilícitas por derivação*. Aqui, o ponto crucial está na compreensão de que, inobstante sejam lícitas em si, são ilícitas em sua origem e, por isso, a vedação estende-se também a elas em decorrência da *fruits of the poisonous tree doctrine*. Além do mais, a aceitação irrestrita destas tornaria a disposição constitucional mera letra morta, pois tornar-se-iam meios de burlar a vedação constitucional citada.

Destaca-se, todavia, que nesta esfera a proibição também não é absoluta. Tanto que a própria Reforma do Código de Processo Penal tratou de positivizar duas das hipóteses de exclusão (exceções à *Exclusionary Rule*) de ilicitude das *provas ilícitas por derivação* desenvolvidas na doutrina e aplicadas na jurisprudência norte-americana, sendo elas a da *Descoberta Inevitável* (*Inevitable Discovery Limitation*) e a da *Fonte Independente* (*Independent Source Limitation*), dispostas nos parágrafos 2º e 1º, respectivamente, do artigo 157, do Código de Processo Penal brasileiro.

Por fim, faz-se importante dizer que, apesar – e por causa – dos intermináveis embates doutrina e jurisprudência tem caminhado no sentido do amadurecimento no que diz respeito a essa questão promovendo a relativização principiológica no caso concreto.

Por todos os argumentos expostos na presente, entende-se que a *Teoria da Proporcionalidade* é aquela que melhor se conforma às exigências de hodiernamente, combinando dinamicidade com a adaptação às circunstâncias fáticas, fatores de suma importância na sociedade moderna, que se encontra em constante movimento.

Ademais, reafirma o caráter relativo dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, negando o caráter absoluto das disposições constitucionais nas quais se embasam os fundamentos das outras teorias relativas à admissibilidade das provas ilícitas no processo penal.

## V. BIBLIOGRAFIA

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas – Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 37, jun. 2003.

BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Disponível em: <http://www.foreense.com.br/Atualida/Artigos.htm>. (acesso em 15 Set 04).

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

FILHO, Antônio Magalhães Gomes. Direito à Prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes Filho. As Nulidades no Processo Penal. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

KNIJNIK, Danilo. A Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa e o Discurso da Suprema Corte na Decisão de 16-12-93. Revista da Ajuris nº 66. ano XXIII. Março de 1996.

LIMA, Marcellus Polastri. A Prova Penal. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

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

MITTERMAEYR, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. De Herbert Wüntzel Heinrich, 3 ed., Campinas: Boockseller, 1996. p. 55.

NERY JR, Nelson. Proibição da prova ilícita, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PEDROSO, Fernando de Almeida - Prova penal, Rio de Janeiro, AIDE, 1994, p. 163, e Processo penal: O direito de defesa: Repercussão, amplitude e limites, Rio de Janeiro, Forense, 1986.

SILVA, César Dário Mariano da. Provas Ilícitas. 2ª ed., São Paulo: Leud, 2002. p. 14.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal I. 21ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 1999.