

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO À ACUSAÇÃO**

João Paulo Tardin

Presidente Prudente/SP

2011

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO À ACUSAÇÃO**

João Paulo Tardin

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Antenor Ferreira Pavarina.

Presidente Prudente/SP

2011

ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO À ACUSAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

ANTENOR FERREIRA PAVARINA

JURANDIR JOSÉ DOS SANTOS

CARLOS SCHELINI CÉSAR

Presidente Prudente, 9 de Outubro de 2011.

Mais vale pouco com justiça, do que muitos ganhos violando o direito. (Provérbios 16,8)

Dedico este trabalho aos meus pais e a minha irmã, que constituem os alicerces da minha árdua caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, Pai Todo Poderoso, que me abençoa a cada dia, agraciando-me com o dom da vida, permitindo-me desfrutar com saúde das maravilhas deste mundo.

Agradeço aos meus pais e a minha irmã, que ao longo deste trabalho me deram força, perseverança e acalanto para que assim pudesse concluir mais esta etapa da minha formação acadêmica.

Agradeço aos meus amigos que, mesmo sem nominá-los para que assim eu não cometa a injustiça de deixar de citar algum, imensuravelmente entenderam os momentos de minha ausência e sempre torceram pelas minhas vitórias.

Agradeço ao meu orientador, Prof^o Antenor Ferreira Pavarina, que não mediu esforços para transmitir toda a sua sapiência, e pela paciência e atenção dispensadas ao longo desse trabalho.

Agradeço aos meus examinadores, Dr. Jurandir José dos Santos, por ter prontamente aceito meu convite e por todos os ensinamentos dispensados em suas aulas, e ao Dr. Carlos Schelini César, por me dar a oportunidade de trabalhar ao seu lado, podendo absorver todo o seu conhecimento jurídico, o que contribui de maneira indescritível para minha formação profissional.

Agradeço, por fim, a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a conclusão do presente trabalho.

RESUMO

O presente trabalho traz a infundável discussão referente à prova ilícita no processo penal brasileiro, tendo por base a vedação constitucional inerente a este instituto no ordenamento pátrio. Explana-se a respeito do instituto da prova, onde foi abordado, ainda que sucintamente, o seu conceito, objeto, finalidade, ônus, princípios informadores e os sistemas de sua avaliação no processo. Posteriormente, buscou-se à análise da prova ilícita, discorrendo sobre seu conceito, características que as distinguem das provas ilegítimas e as correntes existentes sobre tais provas em nosso ordenamento. Foi abordada a necessidade de se dispensar à acusação e ao acusado, dentro do processo, igualdade de forças como forma de se garantir um processo justo, sendo inconcebível a concessão de poderes exacerbados à Defesa, pelo simples argumento de que a acusação se vê representada pelo Estado, avaliando o caso concreto e buscando a maneira adequada, necessária a fim de justificar eventual restrição à defesa, como forma de fazer prevalecer o maior valor posto em jogo. Como ponto crucial do presente trabalho, foi dada ênfase as Teorias da Proporcionalidade e da Razoabilidade, como base para a admissibilidade da prova ilícita em favor da acusação, apontando os seus respectivos argumentos e trazendo os posicionamentos da jurisprudência pátria. O trabalho alcançou, ainda, a alteração trazida pela Lei nº 11.690/2008, que introduziu expressamente no Código de Processo Penal a vedação às provas ilícitas, já existente na Constituição Federal de 1988. Por fim, foram feitas considerações sobre as provas ilícitas por derivação, apontando a origem da “teoria dos frutos da árvore envenenada” na doutrina norte-americana, exemplificando e ilustrando a sua aplicabilidade em importante julgado do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a ilicitude destas provas que derivam das ilícitas. Do mesmo modo, buscou-se enaltecer a possibilidade de sopesar os bens jurídicos postos em conflito para que assim, dada as peculiaridades do caso concreto, sejam admissíveis as provas ilícitas por derivação no processo, assim como ocorre com as provas ilícitas, constituindo exceções àquelas vedações trazidas pela Lex Major e Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Prova. Ilicitude. Constituição Federal. Direitos Fundamentais. Similaridade de Forças. Admissibilidade. Inadmissibilidade. Razoabilidade. Proporcionalidade. Provas Ilícitas por derivação.

ABSTRACT

This work brings the endless discussion about the illegal evidence in criminal proceedings in Brazil, based on the constitutional prohibition inherent of this institute. It also explains its' concept, object, purpose, obligations, informants principles and the systems of evaluation in the process. Subsequently, it examines the illegal evidences, discussing its concept, the currents about it and features that distinguish them from the illegitimate evidence. It also shows the necessity to give the prosecution and the accused equal forces in the process as a way to ensure a fair trial. This is inconceivable to grant exacerbated powers to the Defense by the simple argument that the prosecution is represented by the state. We should evaluate the case by seeking the proper and necessary way to justify a restriction on the defense as a way to enforce the highest value at stake. As a crucial point of this work, emphasis was placed on the theories of proportionality and reasonableness as the basis of the admissibility of illegal evidence in favor of the prosecution. It was pointed their arguments and some judgments about them. This work also reached the change brought by the Law nº. 11.690/2008, which explicitly introduced the constitutional prohibition about the utilization of the illegally evidences in the Criminal Procedure Code. Finally, considerations were made about illegal evidences by derivation, pointing to the origin of "the fruit of the poisonous tree doctrine" in the United States, exemplifying and illustrating its application in an important trial of the Superior Court, in which the illicitly of these proofs was recognized. At the same time, we sought to enrich the ability to weigh the legal positions in conflict so that, given the peculiarities of the case, illegally evidence by derivation should be admitted in the process, just as the other illegally evidences, making exceptions to those fences brought by Major Lex and Criminal Procedure Code.

Keywords: Proof. Wrongfulness. Federal Constitution. Fundamental Rights. Similarity Forces. Admissibility. Inadmissible. Reasonableness. Proportionality. Illegal evidence by deriving.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA PROVA.....	9
2.1 Conceito de Prova	9
2.2 Finalidade da Prova	10
2.3 Objeto da Prova.....	11
2.4 Ônus da Prova.....	15
2.5 Princípios informadores das provas.....	18
2.5.1 Princípio da auto-responsabilidade das partes	18
2.5.2 Princípio da Audiência Contraditória	19
2.5.3 Princípio da Aquisição ou Comunhão da prova	20
2.5.4 Princípio da Oralidade.....	21
2.5.5 Princípio da Concentração	22
2.5.6 Princípio da Publicidade.....	22
2.5.7 Princípio do Livre Convencimento Motivado	23
2.6 Sistemas de Avaliação das Provas.....	23
2.6.1 Sistema da Prova Legal	24
2.6.2 Sistema da Livre Apreciação.....	26
2.6.3 Sistema do Livre Convencimento Motivado	27
3. PROVAS ILÍCITAS	30
3.1 Considerações gerais	30
3.2 Conceito.....	31
3.3 Provas Ilícitas e Ilegítimas	32
3.4 Correntes sobre a Prova Ilícita no Processo Brasileiro.....	34
4. O EQUILÍBRIO DE FORÇAS NO PROCESSO PENAL.....	36
5. TEORIA DA RAZOABILIDADE	40
6. TEORIA DA PROPORCIONALIDADE	42
6.1 Teoria da Proporcionalidade <i>pro reo</i>	44
6.2 Teoria da Proporcionalidade <i>pro societate</i>	45
7. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO	51
8. CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

1. INTRODUÇÃO

O direito à prova é um direito que provém do regime do devido processo legal previsto na Constituição Federal de 1988.

Tem-se que o direito à prova está ligado estritamente ao direito de ação e de defesa, uma vez que, de nada adiantaria conceder às partes a possibilidade de postularem em juízo se não lhes fosse atribuída a oportunidade de demonstrar, no desdobramento da causa, suas afirmações.

Assim sendo, é imensurável a importância da prova no processo judicial, eis que influi diretamente sobre a convicção do juiz, no que concerne ao julgamento da causa.

Ocorre que, com o avanço tecnológico atual originam-se inúmeras celeumas. Neste contexto, se fazem pertinentes as provas ilícitas em matéria processual penal, haja vista que, o uso de certas tecnologias ainda que auxiliem na elucidação de delitos, podem afrontar certos direitos inerentes ao cidadão.

Tal fato impõe ao direito a busca por um ponto de equilíbrio, a fim de evitar a lesão aos direitos fundamentais e garantir a pacificação social.

À luz deste atual impasse destacam-se as Teorias da Razoabilidade e da Proporcionalidade, dispendo a respeito da possibilidade de adequação e utilização das chamadas provas ilícitas dentro do processo penal.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA PROVA

2.1 Conceito de Prova

O termo prova tem sua origem do latim “*probatio*”, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação.

Dele deriva o verbo “*probare*”, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar.

O ilustre doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 486) elucida que:

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Provar é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou 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*.

Fernando Capez (2009, p. 297) define a prova como sendo:

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

Neste diapasão, num conceito simplista, é possível definir a prova como sendo o meio que a parte possa se valer para que, dentro do processo, os fatos alegados possam ser tidos como verídicos.

Na primíssima doutrina de Mossin (1998, p.196), extrai-se o conceito de prova:

[...] prova num sentido comum ou vulgar (verificação, reconhecimento etc) significa tudo aquilo que pode levar ao conhecimento de um fato, de uma qualidade, da existência ou exatidão de uma coisa. Como significado jurídico representa os atos ou meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados. Contudo, em quaisquer de seus significados, representa sempre o meio usado pelo homem para, através da percepção, demonstrar uma verdade.

Discorrendo sobre a extrema necessidade de se produzir provas no processo, ainda mais importante do que a interpretação do direito, destaca-se a doutrina de Greco Filho (2009, p. 185):

De nada adiantaria o direito em tese ser favorável a alguém se não consegue demonstrar que se encontra numa situação que permite a incidência da norma. Ou ao contrário, especialmente o que ocorre no plano penal: de nada adiantaria haver suspeita de que alguém violou a lei criminal, mas de nada adianta a suspeita, que não passa de uma opinião íntima, se não trazer aos autos a prova de que estão presentes os elementos necessários à condenação. Aliás, no plano prático é mais importante para a atividade das partes a demonstração dos fatos do que a interpretação do direito, porque esta ao juiz compete, ao passo que os fatos a ele devem ser trazidos, em princípio, pelas partes.

Desta maneira, é de se destacar a imensurável importância do instituto probatório em matéria processual, eis que de nada adiantaria as partes trazerem aos autos suntuosas teses a respeito do direito alegado, caso não existissem as provas para incutir no magistrado a convicção acerca daquilo que se alega.

2.2 Finalidade da Prova

A finalidade precípua da prova é a formação da convicção do juiz sobre a veracidade dos fatos sobre os quais ela versa. É demonstrar ao magistrado os fatos existentes no mundo real, de forma que o convença a julgar a ação conforme estes fatos que lhe fora apresentado.

Neste sentido, Vicente Greco Filho (2009, p.186) leciona:

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

A finalidade da prova consiste na possibilidade que as partes têm de, dentro do processo, demonstrar e convencer o órgão julgador de que os fatos realmente ocorreram, ou não, da forma como fora alegado.

Nas palavras de Tourinho Filho (2009, p.487):

É o Juiz quem vai dizer se o acusado é culpado ou inocente, e para tanto ele precisa saber o que realmente aconteceu, quando e como aconteceu. Seu trabalho se equipara ao de um historiador que procura, com os meios que dispõe, reconstruir fatos passados. Assim, a finalidade das provas é mostrar para o Julgador o que realmente ocorreu, para que ele faça um juízo de valor e procure restaurar, na medida do possível, a verdade real.

No âmbito do direito penal, a prova busca assegurar a veracidade de um fato que supostamente amolda-se ao tipo penal previsto em lei.

2.3 Objeto da Prova

O objeto da prova são os fatos, acontecimentos e circunstâncias que as partes pretendem demonstrar em juízo.

Destaca-se a irrepreensível doutrina de Marques (2009, p.348), ao discorrer sobre o objeto da prova:

[...] o objeto da prova pode ser considerado como sendo, primeiramente, a possibilidade abstrata de averiguação, isto é, como o que se pode provar em termos gerais, é o objeto da prova em abstrato; secundariamente, a possibilidade concreta de averiguação, ou seja, como aquilo que se prova, ou se deve provar em um processo, é o objeto da prova em concreto.

Em suma, o objeto da prova são aqueles fatos, acontecimentos e circunstâncias que visam incutir no magistrado a percepção de veracidade.

Como bem explanado pelo ilustre Carnelutti (2003, p. 46):

[...] É preciso saber, antes de tudo, o que é um fato. Palavras como esta se empregam intuitivamente e são compreendidas por aproximação. É preciso que reflitamos detidamente a respeito delas. Um fato é um pedaço de história. Chamamos história o caminho que os homens e a humanidade percorrem, do nascimento até a morte. Fato é um pedaço de caminho. De caminho efetivamente trilhado, não que se pode trilhar. Saber se um fato ocorreu ou não é voltar para trás. De sorte que esse voltar para trás é o que se chama fazer história.

Na concepção de Fernando Capez (2009, p. 297), tem-se a definição de objeto da prova como sendo:

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

Como regra no processo penal, tem-se que todos os fatos necessitam ser provados. Em contrapartida, determinados fatos não deverão ser submetidos à atividade probatória. Primeiramente, apenas os fatos que demonstram uma pertinência ao processo deverão ser provados. Logo, não se deve produzir provas a respeito de fatos irrelevantes ou impertinentes.

É o que afirma Greco Filho (2009, p. 187):

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.

Discorrendo sobre os fatos irrelevantes, tem-se o ensinamento de Magalhães Noronha (1997, p.96):

É perder tempo e ferir a economia processual preocupar-se com questões que não interessam à decisão da demanda. Assim, indagar da residência ou

do grau de instrução do acusado ou da vítima quando isso em absoluto não influi na acusação ou na defesa.

Também não reclamam a produção de prova os fatos notórios, que segundo Nucci (2009, p.348): “são os fatos nacionalmente conhecidos, não se podendo considerar os relativos a uma comunidade específica, bem como os atuais...”. Vale-se a máxima *notória vel manifesta non egent probatione* (o notório e o evidente não precisam ser provados).

Sendo o fato notório, não há que se produzir provas para incutir na convicção do magistrado, uma vez que a evidência reflete de antemão a já formada persuasão do órgão julgador.

A evidência nas palavras de Aranha (2006, p.25), “é aquele grau de certeza que se tem dos conhecimentos nos quais o cunho de verdade se impõe: ela, assim, dispensa qualquer prova”.

Atinente a notoriedade dos fatos Tourinho Filho (2009, p. 487), traz uma ressalva:

O que não se deve é confundir notoriedade com a *vox populi*, porque esta pode divulgar um fato que não é verdadeiro, enquanto que a notoriedade de um fato constitui prova da sua verdade. Note-se, contudo, que o conceito de notoriedade é relativo.

Contudo, os fatos notórios que versarem sobre elementares deverão ser submetidos ao crivo probatório. Assim nos ilumina Greco Filho (2009, p.187):

Diferentemente do que ocorre no processo civil, no processo penal os fatos notórios também dependem de prova se corresponderem a elementares do tipo penal. Não é porque a morte de alguém seja fato notório que poderá ser dispensado o exame de corpo de delito.

Ressalta-se que a falta de controvérsia sobre um fato não dispensa a prova. No âmbito do processo penal vige o princípio da obrigatoriedade de defesa, portanto, não há que se falar em fatos incontroversos. Mesmo que haja revelia no processo penal, necessariamente nomeia-se um defensor, portanto, não se tem fatos não contestados.

Além dos já citados, os fatos em cujo favor militar presunção legal de existência ou de veracidade independem de prova.

Nesta perspectiva corrobora a doutrina de Aranha (2006, p.28):

São conjecturas inferidas pela lei como uma conseqüência indireta da reiteração de fatos que, pelo seu suceder contínuo, levam a uma conclusão certa. Uma vez demonstrado o fato que serve como alicerce à presunção estabelecida pela lei, surge como provado o fato probando.

As presunções decorrentes da conclusão da lei podem ser absolutas (*jure et de jure*), não admitindo prova em contrário, ou relativas (*juris tantum*), que admitem a contraprova, com a inversão do ônus da prova.

Exemplificando de maneira ímpar a desnecessidade de se provar os fatos nos quais recaem presunção legal, destaca-se a sapiência de André Estefam (2008, p.18):

[...] se uma pessoa for considerada, em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, será julgada, assim, como inimputável (art. 26, *caput*, do CP). Pois bem, essas pessoas, pelo sistema adotado pelo CP, se presumem perigosas, sujeitando-se necessariamente ao cumprimento de uma medida de segurança (internação em casa de custódia e tratamento ou tratamento ambulatorial) – art. 97, *caput*. De nada adianta a defesa requerer a produção de uma perícia psiquiátrica com o objetivo de demonstrar que o acusado não é perigoso, uma vez que sua periculosidade é presumida de modo absoluto pela lei.

Em suma, é possível chegar a conclusão de que o objeto da prova, referida a determinado processo, são os fatos pertinentes, relevantes e não submetidos a presunção legal.

Por força da analogia, aplica-se no processo penal o disposto no artigo 337, do Código de Processo Civil. Logo, em regra, o direito não precisa ser provado.

Via de exceção, o direito pode ser também objeto de prova, apenas se versar sobre direito estadual, municipal, estrangeiro ou consuetudinário. O direito federal nunca será objeto de prova.

Parte-se da premissa de que o juiz tem a obrigatoriedade de conhecer o direito federal em caráter absoluto. No que concerne aos demais direitos, pode o juiz não conhecê-los, haja vista que, não são aplicados comumente.

Nas palavras de Fernando Capez (2009, p. 299):

O direito, em regra, não carece de prova, na medida em que o magistrado é obrigado a conhecê-lo, segundo o brocardo jurídico *iure novit cúria*, ou seja, o juiz conhece o direito. Porém, toda vez que o direito invocado for estadual, municipal, alienígena ou consuetudinário, caberá à parte alegante a prova do mesmo.

Entretanto, há posicionamento doutrinário que veda a possibilidade da produção de prova em se tratando de direito estadual e municipal do local em que o juiz exerce suas funções, presumindo que o magistrado conheça as normas vigentes no local em que exerce a judicatura.

2.4 Ônus da Prova

Trazer provas ao processo não constitui uma obrigação processual, mas sim um ônus. Logo, quem não se desincumbe desta faculdade arcará com as respectivas consequências.

No entendimento de Aranha (2006, p.8) pode-se definir o *onus probandi* como sendo “o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos, conforme for a distribuição de tal imposição”.

Partindo-se da interpretação do artigo 156 do Código de Processo Penal, conclui-se que o ônus de se provar o alegado compete a quem fizer a alegação.

Portanto, cabe à acusação trazer ao processo fatos que comprovem a materialidade e a autoria do fato criminoso. Já à defesa incumbe o ônus de provar eventual existência de causas que possam levar à exclusão da antijuridicidade do fato típico ou que ainda possam acarretar a exclusão da culpabilidade do acusado.

Fato que vem originando grande discussão doutrinária é o disposto nos incisos I e II, do artigo 156, que disciplina a respeito da possibilidade de o juiz, de ofício, ordenar mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas, desde que sejam urgentes e relevantes; e determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto que considere saliente.

O ilustre doutrinador Nucci (2009, p.156) leciona que:

Urgentes são as provas que necessitam ser produzidas de imediato sob pena de perda total ou parcial. Relevantes são as que possuem grande valor real no processo penal. Portanto, somente deve ser instaurado o procedimento de produção antecipada de provas, caso estas sejam consideradas indispensáveis para o momento e de extrema importância para a causa investigada.

Tal procedimento sofre veementes críticas da grande maioria da doutrina processualista, no sentido de que é inadmissível admitir que o juiz busque a produção de provas de ofício, o que acarretaria na condução imparcial da ação penal.

Com a devida vênia, não se pode concordar com este posicionamento que obsta o magistrado de produzir provas de ofício. O juiz não pode ficar totalmente inerte no processo, como mero espectador. A ação penal deve ser conduzida de forma que todas as informações que tenham relação com o fato integrem a esfera probatória judicial.

Destaca-se, neste sentido, peculiar doutrina de Ivan Luís Marques da Silva (2008, p.65), ao defender que o juiz não deve ficar atrelado aos trabalhos desenvolvidos pelas partes na formação das provas. E conclui:

O juiz criminal é pago pelo Estado para fazer justiça nos casos concretos aplicando a lei e a Constituição. Para bem aplicá-las, deve conhecer o ordenamento jurídico. E para bem aplicá-las no caso concreto, deve ter à sua disposição todos os elementos fáticos existentes e relacionados com a conduta investigada. Somente desta forma, cumprirá seu dever jurisdicional de forma plena. Sua missão de fazer justiça não pode ser limitada pela suposição de quebra de imparcialidade e vício no julgamento a ser futuramente prolatado.

Corroborando do mesmo entendimento, apontam os ensinamentos de André Estefam (2008, p.29):

Nota-se que o Juiz não é mero expectador inerte da atividade probatória, devendo (e não simplesmente podendo) nela interferir ativamente (princípio da verdade real). Não parece correto, todavia, afirmar que o Juiz tem o *ônus* de provar, como o têm as partes. [...] O mais correto, assim, é afirmar que o Juiz tem o *dever* de dirimir dúvida sobre ponto relevante ou, ainda, o *dever* de buscar a verdade real (mas não o *ônus* de fazê-lo).

Desta feita, somente em casos excepcionais, havendo dúvidas que acometam o espírito do julgador, deverá ele determinar diligências necessárias para dirimi-las.

Explana o doutrinador Leandro Cadenas Prado (2006, p.7), sobre necessidade desta prerrogativa, concedida ao magistrado, ser vista em caráter suplementar:

Por fim, destaque-se uma vez mais que o julgador pode determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas (art. 156, *in fine*, CPP). Tal prerrogativa deve ser exercida com cautela, mantendo-se sua imparcialidade e atuando de maneira apenas suplementar às partes, com vistas ao alcance da sempre buscada verdade real ou material.

Neste mesmo sentido, destacando a excepcionalidade da aplicação no disposto no artigo 156, do Código de Processo Penal, destaca-se a doutrina de Aranha (2006, p. 17):

O juiz deve usar a faculdade contida no art. 156 do Código de Processo Penal com muita cautela, com toda a prudência necessária, somente quando uma dúvida assaltar-lhe o espírito de julgador imparcial, para que não cause o fenômeno de, por inadvertência ou imprudência, assumir uma das partes na relação processual, colhendo prova que deveria ser apresentada por um dos litigantes, por seu *ônus* seu.

Faz-se necessário guardar observância ao *ônus* probatório que estão incumbidas as partes, contudo, na esfera penal o "*onus probandi*" não é circundado de tamanha relevância como ocorre na esfera cível, eis que o ordenamento processual penal possibilita ao juiz faculdades instrutórias, na busca da verdade real, ressaltando que estes poderes devem ser exercidos em caráter suplementar.

2.5 Princípios informadores das provas

Constituindo um dos mais importantes institutos na relação processual, senão o mais, a prova é o meio utilizado pelas partes para levar ao conhecimento do órgão julgador o que se deu no mundo dos fatos.

Representando o elo que interliga o mundo fático e a norma, os meios probatórios revestem-se de imensurável importância no processo, eis que interferirão diretamente no julgamento da causa, operando como diretrizes na formação da convicção do magistrado.

É o que afirma, com peculiar precisão, o professor Fernando Capez (2009, p.297):

Sem dúvida, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já 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 na adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

Faz-se necessário analisar, ainda que brevemente, os princípios informadores que norteiam este instituto magno do processo, bem como as consequências atinentes a produção do conteúdo probatório a serem observadas pelas partes.

2.5.1 Princípio da auto-responsabilidade das partes

Tido como decorrência lógica do *onus probandi*, o princípio da auto-responsabilidade das partes está intimamente ligado a faculdade processual de que

cada parte possui, no sentido de trazer aos autos tudo aquilo que julgar relevante para a demonstração de suas alegações.

É o que explicita a doutrina de Messias (2006, p.44):

Naturalmente que as partes têm responsabilidades éticas e legais quanto a esta atividade, cuja atividade oferecerá conseqüências de natureza e de efeito processual. A inércia ou desídia do defensor ou do acusador poderão representar descuido fatal aos interesses do processo e, por extensão, à própria justiça. Os atos negligentes de qualquer delas poderão representar um ônus processual, assim como os atos de má-fé deliberada ou intencional.

Em outras palavras, as partes que compõe a relação processual assumem as conseqüências decorrentes de seus atos ou de sua inércia no que concerne à produção de provas.

2.5.2 Princípio da Audiência Contraditória

Corolário do preceito constitucional elencado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o princípio da audiência contraditória preconiza em nosso ordenamento a necessidade de que toda prova uma vez trazida ao processo, seja submetida ao crivo do contraditório.

Vale-se, aqui, da máxima “*toda prova admite a contraprova*”. E mais, não devem ser admitidas aquelas provas que, produzidas por uma das partes, não sejam necessariamente levadas ao conhecimento da parte contrária, ainda que estas sejam determinadas de ofício pelo magistrado.

Como já frisado, o princípio da audiência contraditória é apenas uma especificação, no que tange a matéria probatória, do Princípio do Contraditório, esculpido em nossa Magna Carta. Em matéria de prova penal, o contraditório ganha contornos ainda mais relevantes, uma vez que serve como freio a eventual segregação ilegal dos direitos fundamentais do indivíduo, sem que lhe seja

franqueado o direito de produzir provas e, conseqüentemente, demonstrar sua inocência.

Novamente vale-se da doutrina de Messias (2006, p.45), onde fica delineada a importância do contraditório quando se busca a prova penal isenta:

Da mesma forma que é direito do Estado punir os delitos, castigando e segregando os infratores da lei penal, chamando para si os encargos da defesa social, é também direito do acusado produzir provas, no exercício do seu direito de defesa, em exata proporção de igualdade.

É pacífico o entendimento, doutrinário e jurisprudencial, de que estará fadado à nulidade o processo onde não se dê a possibilidade e ciência às partes para que impugnem e manifestem o que dê direito, referentes às provas trazidas pela outra parte.

2.5.3 Princípio da Aquisição ou Comunhão da prova

No campo do processo penal, toda prova que é produzida passa a integrar o processo, independentemente da parte que a trouxe aos autos. Em outras palavras, a prova passa a pertencer ao juízo, ainda que o responsável pela sua produção seja a acusação, ou a defesa.

As partes têm somente o ônus de produzir toda prova que julgar conveniente para demonstrar aquilo que foi alegado. Contudo, não há que se falar em prova pertencente a uma das partes, eis que aquelas passam a servir a um interesse maior que o dos litigantes, qual seja, o interesse da justiça.

Explanando, resumidamente, sobre o princípio da aquisição ou comunhão da prova, encontra-se a doutrina de Prado (2006, p. 6):

[...] III – comunhão ou aquisição da prova: uma vez produzida a prova, ela passa a integrar o processo, não pertencendo mais à parte que a produziu, que perde a legitimidade para, por exemplo, requerer seu desentranhamento, se perceber que lhe será contrária.

Assim sendo, face a importância dos valores e bem jurídicos discutidos no âmbito penal, é de se enaltecer o interesse da justiça na busca pela verdade real, sendo dever do Estado evitar o cometimento de injustiças, razão pela qual todo elemento que comprove as alegações afirmadas passam a pertencer ao juízo, ainda que em detrimento da parte que as produziram.

2.5.4 Princípio da Oralidade

Também adstrito à produção de provas no processo penal, o princípio da oralidade preconiza a predominância dos atos praticados de forma oral, em relação àqueles desempenhados de forma escrita no transcorrer do procedimento.

Assim, os depoimentos, debates devem ser feitos, predominantemente, por meio da palavra falada e não escrita, não se admitindo as declarações particulares. Contudo, é de se ressaltar que, embora se promulgue a predominância da produção de provas na forma oral, o ordenamento processual penal pátrio é regido por um sistema misto.

Por sistema misto, entenda-se aquele onde há resquícios da predominância da prova produzida oralmente, não se excluindo a importância da forma escrita no procedimento.

Neste prisma, aponta-se a doutrina de Antonio Milton de Barros (2001, p.15):

Na esfera do processo penal brasileiro, conquanto se apregoe a predominância do sistema oral, na verdade existe um sistema misto, escrito e oral. Assim, os depoimentos são feitos oralmente, mas sempre reduzidos a termo escrito. Não obstante, previstos debates orais, no procedimento do Júri e no processo sumário, não raro são substituídos por alegações escritas, no último.

Isto fica evidenciado no ato das audiências. Os depoimentos são realizados através da palavra fala, contudo, sempre serão reduzidos a termo escrito, salvo a hipótese dos debates orais previstos no procedimento do Tribunal do Júri, que unicamente são realizados de forma oral.

2.5.5 Princípio da Concentração

Como consequência do princípio da oralidade, surge o entendimento de que toda a produção da prova deve ser unificada na audiência. É exatamente este o preceito elencado pelo princípio da concentração.

É o que define José Frederico Marques (2009, p.199):

A concentração consiste em apertar o feito em um período breve, reduzindo-o a uma só audiência ou a poucas audiências a curtos intervalos, pois, quanto mais próximo da decisão do juiz são os movimentos processuais, tanto menor é o perigo do desaparecimento das impressões pessoais e dos fatos que a memória registra.

Busca-se, especialmente nos ritos sumário e sumaríssimo, concentrar todos os meios de prova no ato da audiência, como forma de se enaltecer a economia e celeridade processual.

2.5.6 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade também informa a produção de provas, eis que estas têm a natureza jurídica de atos judiciais, e o referido princípio preconiza que todos os atos judiciais são públicos.

Contudo, é de se ressaltar que há exceção quanto ao princípio da publicidade. São os casos de segredo de justiça, elencados em nosso ordenamento.

Nestas hipóteses, somente terão acesso aos atos praticados no processo aqueles que o compõem, quais sejam as partes e seus procuradores constituídos nos autos do processo.

2.5.7 Princípio do Livre Convencimento Motivado

No âmbito do processo penal, a legislação não confere prévio valor às provas produzidas pelas partes. Logo, não há que se falar que, em toda e qualquer hipótese, determinado meio de prova se sobressai quando colocado em confronto com outra prova trazida pela parte contrária.

O ordenamento confere liberdade ao julgador quanto à apreciação dos elementos probatórios trazidos aos autos, podendo conferir valores diversos em cada caso concreto, desde que aponte os motivos que levaram a esta eventual valoração.

É neste contexto que se apresenta o princípio do livre convencimento motivado, previsto no artigo 155, do Código de Processo Penal, que agora é transcrito:

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.

Discorrendo sobre referido princípio, destaca-se o ensinamento de Barros *apud* Rogério Lauria Tucci (2001, p. 16):

[...] da comunhão de todas as providências e atividades do processo, exsurge um conjunto probatório, que propicia ao julgador deslindar a causa penal, e também diante desse conjunto de provas é que forma seu convencimento, sendo, ademais, livre para fazê-lo.

2.6 Sistemas de Avaliação das Provas

Como anteriormente explanado, as partes que compõem a relação jurídica processual buscam trazer aos autos, elementos que demonstrem as alegações por elas intentadas. A forma pelo qual este intuito se exterioriza são os anotados meios probatórios, que tem por destinatário o julgador, que por fim a relação processual.

As provas, quando trazidas aos autos, servirão como base para a formação da convicção do magistrado quando este for proferir sentença. Neste contexto faz-se necessário discorrer, ainda que brevemente, sobre os sistemas que norteiam esta avaliação que será dispensada pelo julgador, no que diz respeito às provas a ele destinadas, bem como quais os critérios a serem observados nesta conferência de valores no ato do julgamento.

2.6.1 Sistema da Prova Legal

Também denominado de *sistema da certeza moral do legislador, da verdade legal, da verdade formal* ou *tarifado*, o sistema da prova legal impõe restrição à discricionariedade do magistrado, explanando que as provas são previamente tarifadas com seus respectivos valores, e esta atribuição incumbe ao legislador.

Por tal sistema exclui-se, quase que totalmente, a íntima convicção do julgador, que se vê adstrito aos valores estabelecidos às provas pelo legislador, tendo somente a função de observar os pesos impostos na lei, sopesando, friamente, aquelas provas que devem prevalecer sobre as demais, ainda que não comungue desta mesma convicção.

Elucida a doutrina de Fernando Capez (2009, p. 336), no sentido da incongruência trazida pelo sistema da prova legal:

Não existe convicção pessoal do magistrado na valoração do contexto probatório, mas obediência estrita ao sistema de pesos e valores imposto pela lei. Desse sistema se origina o absurdo brocardo *testis unus, testis nullus*, pelo qual o depoimento de uma só testemunha, por mais detalhado e verossímil que seja, não tem qualquer valor.

No mesmo sentido é o ensinamento de André Estefam (2008, p. 27):

[...] entendia-se que a lei deveria estabelecer previamente o valor de cada prova, limitando consideravelmente o trabalho do julgador, cujo papel resumia-se, praticamente, ao de aplicar ao processo a tabela de valores da prova estabelecida pelo legislador; são desses sistemas as conhecidas expressões: *testis unus, testis nullus*, a confissão é a “rainha das provas” e a testemunha, “a prostituta”.

Como forma de não dar guarida a esta limitação exacerbada ao poder discricionário do magistrado, trazida pelo sistema da prova legal, nosso ordenamento não adotou a regra por ele trazido.

Peculiar é o exemplo citado por Tourinho Filho (2009, p.244):

Se, num processo, uma testemunha idônea desse a sua versão e outra inverossímil houvesse sido apresentada por duas testemunhas, esta prova se sobrepunha àquela, sem embargo de sua inverossimilhança. Por outro lado, o Juiz não podia recorrer a todos os meios de prova que lhe parecessem úteis e oportunos: restringia-se às disposições legais.

Contudo, é de se ressaltar que há resquícios deste sistema presente em nosso Código de Processo Penal. É o que se observa no artigo 158, do aludido diploma legal, que versa sobre os delitos materiais, apontando a sobreposição do exame de corpo de delito sobre eventual confissão do acusado. Senão vejamos:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Outro dispositivo que aponta resquícios do sistema da prova legal em nosso ordenamento é o artigo 155, parágrafo único, do mesmo diploma legal, discorrendo sobre a necessidade de se provar o estado de pessoas, única e exclusivamente, por meio de certidão, afastando a prova testemunhal.

Arrematando o preceito trazido por referido sistema, destacam-se os ensinamentos de Barros *apud* Camargo Aranha (2001, p. 17):

Havia a crença da intervenção de divindade em favor de quem estivesse com a razão, cabendo ao juiz apenas apreciar e declarar o resultado. Em tal sistema o juiz manifestava a verdade não de acordo com a convicção resultante das provas, mas sim de conformidade com o valor legal.

Em razão de apontar para um caminho onde o juiz exerceria, simplesmente, o papel de instrumento de aplicação da vontade do legislador, o sistema da prova legal não foi adotado por nosso ordenamento jurídico, como forma de garantir que o magistrado exerça sua função jurisdicional de forma plena, valendo-se de seus próprios elementos de convicção.

2.6.2 Sistema da Livre Apreciação

Ainda definido como *sistema da certeza moral do juiz* ou *da íntima convicção*, o sistema da livre apreciação surge como antagônico ao da prova legal, não se concebendo mais a idéia de limitação ao poder discricionário do juiz ao analisar as provas a ele destinadas.

Por tal sistema, deixam de existir os balizamentos impostos pela lei ao julgador, não havendo o dever de observância aos pesos ou valores previamente estabelecidos pelo legislador, no que concerne a apreciação do contexto probatório.

O juiz passa a gozar de total e irrestrita liberdade para formar seu convencimento, não sendo necessário que aponte valores às provas, podendo preferir julgamento embasado em qualquer elemento de convicção trazidos aos autos.

Conferem-se poderes plenos ao magistrado, de modo que ele sentencie de acordo com os critérios que sua íntima convicção lhe aprovar, não havendo a necessidade de fundamentar suas decisões.

Neste sentido, leciona Barros *apud* Camargo Aranha (2001, p.17):

O juiz não estava vinculado a qualquer regra legal, pois a verdade jurídica era ditada apenas pela sua convicção, resultante não só de elementos fornecidos como também de seu conhecimento pessoal, de suas impressões, de informações extraproceto etc.; não estava sequer obrigado a motivar sua decisão.

Aponta-se a doutrina de Tourinho Filho (2009, p. 244), demonstrando as diretrizes deste sistema:

De acordo com o sistema da íntima convicção, o julgador não está obrigado a exteriorizar as razões que o levam a proferir a decisão. O Juiz atribui às provas o valor que quiser e bem entender, podendo, inclusive, decidir valendo-se de conhecimento particular a respeito do caso, mesmo não

Embora apresente evolução positiva, no sentido de conferir autoridade ao poder discricionário do juiz no ato do julgamento, o sistema da livre apreciação peca ao estabelecer poderes irrestritos ao magistrado, o que, por hora, considera-se um risco à segurança jurídica, uma vez que as partes ficariam à *mercê* do subjetivismo ilimitado do órgão julgador.

Por tal razão, o aludido sistema vigora em nosso ordenamento processual somente em caráter excepcional. Isto se verifica nas decisões proferidas no rito do Júri, onde os jurados não se vêm obrigados a apresentar as razões para seus votos.

Discorrendo sobre o sistema da livre apreciação e arrematando sobre o caráter excepcional deste sistema, destaca-se a doutrina de Fernando Capez (2009, p. 336):

A lei concede ao juiz ilimitada liberdade para decidir como quiser, não fixando qualquer regra de valoração das provas. Sua convicção íntima, formada não importa por quais critérios, é o que basta, não havendo critérios balizadores para o julgamento. Esse sistema vigora entre nós, como exceção, nas decisões proferidas pelo júri popular, nas quais os o jurado profere seu voto, sem necessidade de fundamentação.

Como forma de evitar o despotismo judicial, bem como garantia da segurança jurídica, no sentido de que o juiz tenha liberdade para apreciação das provas, mas em contrapartida apontem quais foram seus elementos de convicção, o ordenamento pátrio não recepcionou a regra da livre apreciação.

2.6.3 Sistema do Livre Convencimento Motivado

O sistema do livre convencimento motivado, também denominado de *sistema da verdade real*, *sistema misto* ou *da persuasão racional*, traz um ponto de equilíbrio entre os dois anteriores sistemas de avaliação das provas, já abordados.

Conserva-se a liberdade disposta ao magistrado na apreciação das provas, não havendo valoração previamente estabelecida pela lei, contudo, o convencimento do órgão julgador deve ser embasado apenas nos elementos que já se encontram elencados nos autos, inovando ao trazer a obrigação que o magistrado tem de expressamente apontar quais elementos serviram para formar sua convicção.

É o que afirma Greco Filho (2009, p. 203):

Esse sistema, em primeiro lugar, dá à lei a liberdade de apreciação, ou seja, as provas não têm valor predeterminado nem peso legal. Cada circunstância de fato será apreciada no contexto das demais provas e pode valer mais ou menos segundo o entendimento não preordenado do juiz. Em segundo lugar, porém, limita a lei esse convencimento e a apreciação aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, segundo o princípio *id quod non est in actis non est in mundus* (o que não está nos autos não existe). Consagra-se, aí, o princípio da verdade formal, ou seja, o juiz decidirá segundo a verdade dos autos e não segundo a verdade da natureza (verdade real).

Em outras palavras, devolve-se ao magistrado o poder de apreciar as provas livremente, sem qualquer critério legal que fixe “peso” aos elementos probatórios, devendo, em contrapartida, o julgador valer-se dos elementos constantes dos autos, produzidos à luz do princípio do contraditório, apontando especificamente as razões de sua motivação.

Disciplina a ilustre doutrina de Fernando Capez (2009, p.337), a respeito da inserção do sistema do livre convencimento motivado:

Atende às exigências da busca da verdade real, rejeitando o formalismo exacerbado, e impede o absolutismo pleno do julgador, gerador do arbítrio, na medida em que exige motivação. Não basta ao magistrado embasar a sua decisão nos elementos probatórios carreados nos autos, devendo indicá-los especificamente. Além disso, com a reforma processual penal, somente a prova produzida em contraditório judicial poderá servir de fundamento para a sentença condenatória.

Acertadamente o aludido sistema é adotado pelo Código de Processo Penal pátrio, conforme faz certo o texto legal trazido pelo artigo 155, *caput*, tendo sua redação trazida pela Lei nº 11.719/2008. Senão vejamos:

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.

Deve-se ter, sempre, em mente que o dever de fundamentação das decisões judiciais não é regra trazida com a alteração da legislação processual, e sim, preceito estabelecido na Constituição Federal, conforme artigo 93, inciso IX, alterado pela Emenda Constitucional nº 45, que disciplina:

Art. 93. [...]

...

IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (grifou-se)

Assim sendo, a partir da análise do texto legal trazido pelo artigo 155, “*caput*”, do Código de Processo Penal, em consonância ao preceito constitucional elencado no artigo 93, inciso IX, da Magna Carta, afere-se a adoção deste sistema em tema de apreciação dos elementos probatórios por nosso ordenamento jurídico.

Atente-se somente, em caráter excepcional a este sistema, a soberania do veredicto no Tribunal do Júri, onde os jurados valem-se da íntima convicção, conforme estabelece o artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal.

Por outro lado, também em caráter de excepcionalidade, encontram-se resquícios do sistema da prova legal na exigência de exame de corpo de delito nos crimes materiais, estabelecida no artigo 155, do Código de Processo Penal e, ainda, quando a questão versar sobre estado das pessoas, prevista no artigo 158, do mesmo diploma legal.

3. PROVAS ILÍCITAS

3.1 Considerações gerais

A Magna Carta da República de 1988 sopesa o direito à prova como direito fundamental do cidadão. Tal direito fundamental positivado é uma decorrência lógica do direito de ação. O cidadão ao invocar a tutela jurisdicional, deve apresentar provas como forma de influenciar no convencimento do magistrado à cerca da procedência ou improcedência da pretensão deduzida.

Contudo, há que se ponderar que nenhum direito fundamental tem caráter absoluto. Os direitos fundamentais, embora aparentemente conflitivos, necessitam conviver de forma harmônica no mesmo sistema jurídico, de tal forma que não exponha à risco a ordem pública e a segurança jurídica dos cidadãos.

Explanando sobre a necessidade de se alcançar uma convivência pacífica entre os direitos fundamentais em matéria probatória, aponta-se a doutrina de Fernandes (2007, p. 78):

Não é fácil atingir o ponto de equilíbrio. Se de um lado é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade crescente e perigosa, principalmente a violenta e a organizada, por outro deve o cidadão ter poderes e remédios rápidos para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais.

Destarte, é necessário impor algumas restrições ao direito à prova, para que assim não se admita que elas sejam colhidas ou produzidas em detrimento dos direitos e garantias constitucionais fundamentais positivados na nossa *Lex Major*.

Ao versar sobre o tema, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 5º, inciso LVI, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Tal vedação constitucional impossibilita a produção de provas ilícitas tanto no processo penal, quanto civil ou administrativo, sendo que tal regra não admitiria exceções.

Todavia, crescentes são os posicionamentos a respeito da admissibilidade da prova ilícita no processo, em casos excepcionais, desde que haja um confronto entre os bens jurídicos constitucionalmente garantidos.

3.2 Conceito

O conceito de ilícito origina-se do latim *illicitus* e, sob significado amplo, quer dizer contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais do direito.

A Constituição Federal elenca em seu artigo 5º, inciso LVI, a expressa vedação às provas obtidas ilicitamente, contudo, não traz a definição de tais meios probatórios, incumbindo a legislação infraconstitucional e a doutrina elencar a sua definição.

Por força da nova redação dada ao artigo 157 do Código de Processo Penal pela Lei 11.690/2008, é possível alcançar o conceito de provas ilícitas como sendo aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Em outras palavras, provas ilícitas são as que violam regras de direito material, constitucional ou legal, no momento de sua obtenção.

Porém, definir prova ilícita consiste em tarefa árdua pelos estudiosos, eis que os termos prova ilícita e prova ilegítima são frequentemente utilizados como expressões sinônimas, quando na verdade definem situações diversas, contudo análogas.

Neste sentido, faz-se necessário estabelecer a distinção entre estes dois institutos, como forma de apurar a admissão ou não no ordenamento jurídico pátrio.

3.3 Provas Ilícitas e Ilegítimas

O posicionamento doutrinário mais aceito trata a prova proibida como gênero do qual são espécies a prova ilícita e a prova ilegítima.

Nesta perspectiva, destaca-se a doutrina de Avolio *apud* Nuvolone (1999, p.43):

[...] as provas ilícitas são colocadas como espécie das 'provas vedadas', que compreendem: as provas ilícitas, propriamente ditas, e as provas ilegítimas. A importância dessa corrente doutrinária se verifica, outrossim, pelo fato de que a utilização da expressão 'vedadas' já indica a sua opção pela inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos.

Em suma, a prova proibida acaba por infringir regras legais, morais ou ainda princípios gerais do direito previstos no ordenamento jurídico.

A doutrina de Greco Filho (2009, p.190) corrobora neste sentido:

Quando se diz de ilicitude da prova não há necessidade de se apontar norma constitucional ou legal violada. A ilicitude decorre do sistema global da ordem jurídica, de modo que devemos entender como ilícita a obtenção que viole a ordem jurídica, não necessariamente a escrita na Constituição ou em lei formal.

Logo, é possível concluir que toda prova ilícita ou ilegítima deve ser considerada proibida, haja vista que, fere ordem legal ou constitucional.

Nesse sentido, muito útil se faz a distinção proposta por Fernandes (2007, p. 79):

[...] a prova é vedada em sentido absoluto quando o direito proíbe em qualquer caso sua produção. Haverá prova vedada em sentido relativo quando, embora admitido o meio de prova, condiciona-se a sua legitimidade à observância de determinadas formalidades. A violação será sempre ilegal, mas a violação de uma proibição de natureza substancial torna o ato ilícito, enquanto a violação de impedimento de ordem processual faz com que o ato seja ilegítimo. Em síntese, a prova ilegal consiste em violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando é ofendida norma substancial, e prova ilegítima, quando não é atendido preceito processual.

Passando à análise das espécies compreendidas no gênero da prova proibida, quando a violação disser respeito ao direito material, tem-se a prova ilícita; quando afrontar norma de direito processual, tem-se a prova ilegítima.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1992, p.109) indicam como prova ilícita, em sentido estrito:

[...] a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade.

Com distinta precisão, Avolio (1999, p.44) define a prova ilegítima:

Prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual. Então, tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade.

O doutrinador Aranha (2006, p.51) traz as seguintes definições: “prova ilegítima diz respeito à sua produção no processo; prova ilícita liga-se ao meio e modo usados para a sua obtenção, afrontando ao direito material”.

Contudo, analisando o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, combinado com o disposto no novo artigo 157 do Código de Processo Penal, é possível concluir que as provas ilícitas e ilegítimas passaram a ter um único regramento jurídico, qual seja, são inadmissíveis em regra.

Em se tratando de prova ilegítima, o posicionamento doutrinário é solene no sentido de que se a prova for produzida sem amparo da lei instrumental penal não terá valia.

Por outro lado, há discussão acirrada por parte da doutrina à cerca da admissão ou não da prova tida como ilícita no processo penal pátrio.

O tratamento que vem sendo dado pela doutrina à prova ilícita, enfocando as principais correntes de pensamento, será abordado logo à frente.

3.4 Correntes sobre a Prova Ilícita no Processo Brasileiro

Dentro da evolução no estudo das provas ilícitas, é possível elencar cinco teorias conhecidas pela doutrina pátria. Destas, tem-se uma que prega a tese da admissibilidade, três a da rejeição e a última elenca uma posição intermediária.

Única teoria que versa pela admissibilidade da prova ilícita no processo penal, parte do pressuposto de que somente deverão ser afastadas dos autos as provas que violem uma norma processual, as ilegítimas, pelo fato de possuírem de uma sanção processual.

Está inerente nesta teoria, a máxima *male captum, bene retentum*, tendo como nascedouro a doutrina de Franco Cordero, que significa mal colhida, porém bem produzida.

Com referência a esta teoria, Aranha (2006, p.63) elucida:

Afastadas do processo só as provas violadoras das normas instrumentais, pois só estas dispõem de sanção de natureza especificamente processual. A prova ilícita permanece, é processualmente válida, o seu valor é problema de avaliação, portanto, subjetivo, punindo-se o ofensor do direito material com a sanção correspondente.

Versa o entendimento de que direito material e processual são autônomos, tendo sua sanção correspondente, logo, somente as provas que ofenderem direito processual deverão ser afastadas do processo.

A primeira teoria que defende a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, parte do pressuposto de que o direito é uno, não sendo composto por campos distintos. O ilícito desvirtua todo o direito e não apenas determinado campo.

É como afirma Grinover (1980, p.100): “não se constituindo o ordenamento jurídico de departamentos estanques, não se poderia admitir no processo ato ilícito, ainda que a norma violada não fosse de natureza processual”.

Neste sentido, novamente é peculiar a doutrina de Aranha (2006, p.64) ao elucidar que “a prova que é em si mesma lícita, mas produzida através de um

meio ilegal, a despeito de ser regular, contaria com o vício de origem que a contamina irremediavelmente”.

Logo, conclui-se que a prova é lícita, contudo, é tratada como ilícita, por derivação, pela sua origem.

A segunda teoria que prega a inadmissibilidade baseia-se no princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado. A obrigação do Estado de Direito é suprimir o crime, fazendo-o à luz de atos e princípios moralmente aceitos.

Nas palavras de Aranha (2006, p.65):

Como o mundo jurídico reconhece em favor do Estado uma presunção de legalidade moralidade de todos os atos praticados, não se pode admitir por parte de seus agentes o uso de meios condenáveis, ombreando-se aos marginais combatidos.

A terceira teoria que sustenta a admissibilidade da prova ilícita no processo penal, parte do pressuposto de que toda prova tida como ilícita afronta a Constituição, eis que, macula direitos fundamentais do cidadão.

Valendo-se novamente da sapiência de Aranha (2006, p.65), o ilustre doutrinador explana que:

Se, ao colher-se a prova, ofendidos são os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, a prova obtida fica fulminada pela inconstitucionalidade, não podendo prevalecer em qualquer campo do direito.

Ainda atinente à admissão das provas ilícitas no processo, destaca-se grande discussão à cerca das teorias que versam por uma posição intermediária, denominadas Teoria da Razoabilidade, com nascedouro no Direito Norte-Americano, e a Teoria da Proporcionalidade, originária do Direito Alemão, que serão explanadas adiante.

Contudo, antes de adentrar no debate capital do presente trabalho, faz-se um adendo neste momento para explanar-se a respeito do tratamento paritário que deve ser dispensado as partes do processo, como forma de solidificar os ideais de igualdade entre acusação e defesa.

4. O EQUILÍBRIO DE FORÇAS NO PROCESSO PENAL

Inicialmente é de se reconhecer que, dentro de uma relação jurídica processual, deve ser assegurado a autor e ao réu, iguais direitos e obrigações. Outro não deve ser o entendimento no que concerne ao processo penal. Incumbe à lei propiciar que a atuação do Ministério Público (ou querelante) e do acusado se dê em plano de igualdade no processo penal, de modo a garantir uma similaridade de forças.

Contudo, tal assertiva não deve ser vista de maneira intangível. Não se exclui a eventual necessidade de se conferir maiores garantias a determinada parte como forma de suprir as desigualdades existentes entre elas.

Ímpar é a doutrina de Fernandes (2007, p. 53), neste sentido:

Quando se afirma que as duas partes devem ter tratamento paritário, isso não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, dar-se a uma delas tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprimindo-se o desnível da parte inferiorizada a fim de, justamente, resguardar a paridade de armas.

De certa forma, pode-se afirmar que em razão desta disparidade eventualmente existente entre as partes que compõem o processo penal, é que a Constituição Federal não limitou o direito de defesa, mas assegurou ao réu a defesa de forma ampla, irrefutável, conforme faz certo o artigo 5º, inciso LV, da Magna Carta.

Este tratamento diferenciado dispensado ao réu se justifica pelo fato de que, naturalmente, a acusação, representada pelo Ministério Público, tem todas as prerrogativas, facilidades de se ver concentrada em órgão oficial, tendo amparo da estrutura estatal a seu dispor.

Diversamente se vê a pessoa do acusado, que tem somente a sua disposição seus próprios meios, forças para afastar a infração que lhe fora imputada. Ademais, o que se vê na *berlinda* no processo penal é a liberdade do indivíduo, que

por ser considerada uma garantia fundamental, é circundada de extremo amparo legal.

Indiscutível a necessidade de maior proteção à defesa pelos fundamentos já expostos. Contudo, não se deve aceitar que esta proteção inviabilize, a todo e qualquer custo, as armas postas à disposição da acusação para alcançar a condenação do acusado. O correto é avaliar o caso concreto e buscar a maneira adequada, necessária a fim de justificar eventual restrição à defesa, como forma de fazer prevalecer o maior valor posto em jogo.

Em outras palavras, o que se busca esclarecer é que não se podem enaltecer, de maneira exacerbada, as garantias fundamentais da pessoa que vê ameaçada seu direito de liberdade, de modo a mitigar os poderes da acusação, menosprezando a segurança social.

Faz-se necessário recorrer, novamente, à ilustre doutrina de Fernandes (2007, p. 90), corroborando nesta mesma perspectiva:

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos.

A doutrina veementemente traz a idéia de que, no processo penal, de um lado tem-se o violador da norma imperativa, aquele que maculou o bem jurídico, demonstrando a indiferença que tem para a sociedade. De outro lado está a segurança jurídica, os cidadãos de bem, a sociedade que não pode ficar à mercê da crescente atuação criminosa.

Em contrapartida a esta concepção, com a devida vênia, é preciso salientar que segurança social, em um ordenamento regido pelo Estado democrático de direito, deve ser vista como algo inerente ao conceito de liberdade individual. Logo, o pensamento de que há um conflito de interesses estabelecido entre segurança social e a liberdade do indivíduo, não se mostra o mais correto.

Sustentando esta incongruência existente entre a segurança social em contraposição à liberdade individual, destaca-se o magistério de Prado (2006, p. 164):

Não há, pois, um conflito de interesses entre o direito fundamental à liberdade individual e o direito fundamental à segurança social, a serem colocados, no processo penal, nos pratos da balança da justiça, pois o conflito de interesses àquele subjacente é entre o poder de punir estatal, deslegitimado no Estado Democrático de Direito, e o direito de liberdade do acusado.

Como já visto, não existe em nosso ordenamento direito fundamental que seja intangível, inabalável. Excepcionalmente, dentro de um processo garantista que já confere inúmeros benefícios à defesa, deve-se aceitar a possibilidade de um decreto condenatório embasado em uma prova robusta que demonstre a responsabilidade penal do acusado, ainda que obtida contrariamente aos preceitos trazidos pela *Lex Major*, como forma da garantia da segurança jurídica e da ordem pública.

É inadmissível que, em determinado caso, estando devidamente comprovada a materialidade e autoria delitiva, o Estado seja impedido de aplicar a reprimenda ao criminoso, por basear sua condenação em prova que, excepcionalmente, viola aos preceitos trazidos pela Constituição. Não é razoável desprezar, sempre, aquela prova fadada à ilicitude, eis que no caso concreto é possível dar uma interpretação flexível à norma que veda a admissibilidade de tais provas, como forma de evitar condenação injusta ou impunidade de criminosos.

Discorrendo sobre a exceção imposta ao princípio da indisponibilidade da ação penal, em face da inadmissibilidade da prova ilícita, ecoa-se a doutrina de Carnauba (2000, p. 35):

Embora o Ministério Público deva promover a ação penal pública sempre que tiver ciência de indícios de crime e de sua autoria, não poderá fazê-lo se as informações de que dispõe foram obtidas mediante a violação da privacidade do criminoso. Isso se dá mesmo que o crime cometido seja de grande lesividade aos interesses sociais. Uma vez que a sociedade se compõe de indivíduos, a ofensa ao bem-estar comum implica a ofensa a

tantos direitos individuais quantos sejam os cidadãos que a integram. Logo, quando o Estado não pode iniciar a ação penal porque as provas de que dispõe para esse fim são ilícitas, está priorizando a individualidade do suspeito em detrimento do direito de todos os outros cidadãos lesados pela ação criminosa.

Logo, deve-se encontrar um ponto de equilíbrio na conferência de poderes às partes integrantes da ação penal. É preciso evitar a aplicação rígida da norma que veda a admissibilidade da prova ilícita, de modo que se possa “flexibilizar” a norma constitucional, como forma de fazer prevalecer o bem jurídico de maior valor igualmente garantido pela Constituição.

É neste contexto que a doutrina consolidou o entendimento de que o exercício do poder estatal, consubstanciado no órgão acusatório, deve ser limitado, contudo, passou a aflorar a idéia de que, eventualmente, poderão ser admitidas restrições aos direitos fundamentais consagrados na Constituição, à luz de critérios de razoabilidade, adequação e preponderância de um valor a ser contemplado em detrimento daquele a ser restringido no caso concreto.

Passou, então, a ecoar no mundo jurídico os preceitos trazidos pela doutrina norte-americana, que deu origem à chamada Teoria da Razoabilidade, e os fundamentos elencados pela doutrina alemã, materializados na Teoria da Proporcionalidade que, por serem pontos cruciais do presente trabalho, serão abordadas em tópicos independentes.

5. TEORIA DA RAZOABILIDADE

A teoria da razoabilidade surge em posição intermediária entre os extremos da admissibilidade e inadmissibilidade absoluta da prova ilícita no processo.

Tem sua origem fadada a Corte Suprema Norte-Americana, onde se passou a reconhecer as liberdades civis, tutelando direitos inerente ao cidadão e ao processo, a partir do advento da IV Emenda à Constituição. Explanando sobre o surgimento dos ideais de razoabilidade, destaca-se a brilhante doutrina de Avolio *apud* Marshall (1999, p. 64):

Na medida em que as liberdades, originalmente concebidas em função de seu conteúdo econômico, foram adquirindo o caráter de liberdades civis, voltadas à tutela dos direitos individuais, material e processualmente considerados, delineou-se uma nova linha de pensamento nas decisões da Corte Suprema dos Estados Unidos da América. Baseada em concepções jusnaturalistas, manifestou-se na interpretação da cláusula do *due process of law*, segundo *standarts* evolutivos que permitiriam, segundo Marshall, a perenidade de 'uma Constituição concebida para permanecer por gerações, e, portanto para ser adaptada às diversas crises dos negócios humanos.

Inicialmente, o tema da admissibilidade das provas ilícitas foi comumente afastado, eis que se reconhecia a inconstitucionalidade dos institutos que, de qualquer modo dentro do processo, pudesse afetar a possibilidade das partes influírem na convicção do magistrado ao proferir sentença.

É neste prisma que explana Avolio (1999, p. 65):

No que se refere às provas ilícitas, o ordenamento norte-americano, a partir das *rules of exclusion*, deduz a inadmissibilidade da *illegally obtained evidence*, não pela ilicitude da sua obtenção, mas porque reputadas inconstitucionais em face da IV Emenda.

Os bons préstimos da teoria da razoabilidade se destacam no processo penal. Referida teoria faz nascer o pensamento voltado à admissibilidade plena da prova obtida ilicitamente em favor do réu.

Embora reconhecida a importância da preservação do direito à privacidade, refletido nas garantias da dignidade e personalidade dos indivíduos, Avolio *apud* Scaparone (1999, p. 67), defende a não exclusão probatória obtida ilegalmente:

[...] se a regra de exclusão fosse também aplicada com relação à prova de inocência, poderiam ocorrer abusos por parte do investigador desleal, que teria interesse em obtê-la intencionalmente contra as prescrições legais, propiciando, assim, a sua exclusão, e quiçá, a condenação do imputado.

Destarte, ainda que a prova seja considerada ilícita ou ilegítima deverá ser aceita no processo como forma de se evitar condenações que afrontem o padrão de justiça.

Ainda que tenha servido de ponto de partida para esta relativização da inadmissibilidade da prova ilícita no processo, a teoria da razoabilidade não despertou sua maior influência nos Estados Unidos.

Referida relativização ganhou contornos mais expressivos com o advento da chamada Teoria da Proporcionalidade, surgida na Alemanha, que será tratada logo adiante.

6. TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Tendo como nascedouro a Alemanha, no período pós-guerra, a teoria da proporcionalidade (ou *Verhältnismässigkeitsprinzip*), também assume uma posição intermediária no que concerne à utilização das provas ilícitas no processo.

Primeiramente, a inconstitucionalidade da prova ilícita é reconhecida, contudo, em casos excepcionais é possível admiti-la no processo.

É vigorosa a lição de Aranha (2006, p.66-67) neste sentido:

Tal corrente reconhece *a priori* a inconstitucionalidade da prova ilícita; contudo, cotejando-se com o malefício provocado à sociedade pelo criminoso, ou o seu benefício em favor de um inocente estabelece ou não um juízo de admissibilidade.

Busca-se por esta teoria, avaliar os valores dos bens jurídicos envolvidos na produção da prova ilícita e o fato que tal prova busca demonstrar ao juízo.

Destarte, é incontestável que a teoria da proporcionalidade exige que sejam sopesados os interesses e direitos postos em questão, devendo sempre predominar o de maior relevância.

É o que defende Antonio Scarance Fernandes (2007, p.82):

Em suma, 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.

Faz-se relevante apontar, neste sentido, a distinta doutrina de Fredie Didier Jr. (2008, p.38):

[...] quando se está diante de normas jusfundamentais (direito à prova versus vedação a prova ilícita), a solução deve ser dada sempre

casuisticamente , à luz da ponderação concreta de interesses em jogo, isto é, à luz do princípio da proporcionalidade.

Valendo-se, ainda, da doutrina de Didier Jr (2008, p.38), com louvável precisão, enfatiza ainda que:

Aqueles que entendem que a prova ilícita somente é admitida excepcionalmente, e apenas no processo penal, pecam por dois motivos: primeiro, por entender que sempre, no processo penal, há discussão em torno do direito a liberdade, o que é falso, pois nem todas as penas envolvem privação de liberdade; segundo, por entender que nenhum outro direito fundamental, a não ser o direito a liberdade, pode ser mais relevante que o direito fundamental à vedação da prova ilícita , o que também é indefensável a luz de teoria dos direitos fundamentais.

Neste sentido, faz bem expor as palavras de Avolio (1999, p.64):

A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.

Deve-se buscar uma adequação, uma razoabilidade entre o que se violou para obter a prova e o que se busca tutelar. A doutrina de Fregadolli (1998, p.192) corrobora neste sentido:

Determina-se uma proporção entre a infringência da norma na colheita da prova e os valores que a sociedade deve preservar e que tal prova visa proteger, encontra-se o equilíbrio através dessa proporção, trazendo o juízo de admissibilidade ou não.

Críticas são concernentes à teoria da proporcionalidade, em razão da submissão de um exclusivo e exacerbado subjetivismo do magistrado. É o que afirma Avolio (1999, p.71):

A teoria encerra um subjetivismo ínsito, que já deflui da impossibilidade de enunciação dos seus elementos essenciais – interesses e valores – num plano abstrato. Sua aplicação jurisprudencial, como demonstram as linhas de evolução, reveste-se de algumas incertezas.

Incertezas pairam sobre a aplicação da teoria da proporcionalidade, por ter um caráter meramente subjetivo, incumbindo exclusivamente ao magistrado o juízo de admissibilidade ou não da prova ilícita no caso concreto.

6.1 Teoria da Proporcionalidade *pro reo*

A doutrina pátria tem-se posicionado majoritariamente favorável à aplicação da teoria da proporcionalidade em favor do réu, sob a ótica do direito de defesa.

Outro não é o entendimento da jurisprudência pátria, preconizando pela sua aplicação até quando se trata de prova ilícita colhida pelo próprio réu, entendendo que, nesta hipótese, poderia estar presente causas excludentes de antijuridicidade, tal como a legítima defesa.

Tal posicionamento tem como fundamento o princípio do *favor rei*. Assim sendo, os direitos inerentes ao réu, tais como direito de defesa, liberdade, dignidade, devem prevalecer sobre os demais, haja vista que são considerados direitos irredutíveis.

Desta feita, mesmo que a inocência do acusado seja demonstrada no processo por intermédio de um meio de prova considerado ilícito, será válido, pois seria inconcebível a idéia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente.

Neste mesmo norte é o magistério de Gomes Filho (1997, p.47):

[...] no confronto entre uma proibição de prova – ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental – e o direito à prova da inocência, parece claro que deva este último prevalecer; não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado.

Não padece de maiores questionamentos tal posicionamento, eis que não é crível afastar a prova que aponta a inocência do acusado, em razão daquela ser considerada ilícita, pois, caso assim se procedesse, estaria configurado imensurável desprezo aos direitos fundamentais do indivíduo e uma valorização exacerbada dos preceitos trazidos pela legislação.

Neste sentido, é pacífica a jurisprudência pátria, onde apontam que a admissibilidade da prova ilícita em favor do réu, por estar intrinsecamente ligado ao exercício de defesa. É o que se observa do julgado abaixo transcrito:

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. - 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 "the fruits of the poisonous tree" 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 (AI 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos VellosoDJ 04/03/05.) (grifou-se).

Logo, sendo a prova obtida por mecanismo ilícito, com o escopo de absolver o acusado, é de ser admitida, como forma de se evitar, a todo custo, o erro judiciário.

6.2 Teoria da Proporcionalidade *pro societate*

A aplicação da teoria da proporcionalidade em favor da sociedade gera intermináveis celeumas entre os estudiosos do direito.

A hipótese da utilização de provas obtidas por meios ilícitos para impor a condenação do acusado não tem sido visto com bons olhos pela grande maioria doutrinária e jurisprudencial. Parte-se do pressuposto de que é inadmissível a

preponderância dos direitos fundamentais da sociedade em detrimento do indivíduo, até mesmo porque tais direitos existem para proteger o cidadão em face do Estado, que necessita de limites.

Assim sendo, afirma-se ser impossível a utilização de provas ilícitas para acusar, processar o indivíduo, eis que o direito à liberdade, à integridade, à dignidade deve sempre sobrepor-se ao princípio do direito à prova e à segurança, inerentes ao Estado.

Todavia, tal posicionamento que veda a aplicação da teoria da proporcionalidade não pode ser visto como o mais correto.

Tal afirmativa decorre do fato de que não há em nosso ordenamento jurídico (entenda-se Constituição), direitos ou garantias, ainda taxados como fundamentais que gozem de caráter absoluto, que sejam intangíveis.

Preconizando este mesmo entendimento, tem-se a doutrina de Fabiana Lemes Zamalloa do Prado (2006, p.151):

Os direitos fundamentais encontram-se, pois, sujeitos a restrições decorrentes do próprio sistema de direitos fundamentais, consubstanciadas no exercício de direitos fundamentais contrapostos ou outros bens constitucionalmente protegidos.

Neste sentido, tem-se o julgado emanado pelo Supremo Tribunal Federal:

PROCESSO PENAL. CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE. INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTA. VALORAÇÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE EM HABEAS CORPUS..(...) Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídicovalorativa. (STF, HC 93250 MS, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento 10/06/2008, 2º Turma).

Ocorre que, na contramão do entendimento emanado pela Suprema Corte, inúmeros são os casos que a produção e utilização das provas ilícitas são combatidas por decisões proferidas por nossos magistrados.

Funda-se, neste íterim, uma inadmissível contradição onde o Supremo assevera que são inadmissíveis as provas ilícitas no processo e, de outro lado, demonstra que não há direitos fundamentais absolutos.

Ora, de nada adianta reconhecer o caráter relativo dos direitos e garantias fundamentais se, na prática, persiste o entendimento da vedação das provas ilícitas em favor da acusação.

É exatamente neste contrassenso que ganha força a teoria da proporcionalidade *pro societate*, onde se admite a utilização de provas ainda que obtidas por meios ilícitos, privilegiando-se o interesse estatal em detrimento do interesse do réu, desde que se faça uma análise proporcional dos bens jurídicos postos em conflito no caso concreto.

A aplicação da teoria da proporcionalidade em desfavor do réu, em casos que se demonstrem extremamente relevantes ao interesse público, é defendida brilhantemente por Norberto Avena (2009, p.410):

Embora concordemos no sentido de que, efetivamente, não se pode atribuir a alguém a pecha da condenação quando existem provas, ainda que ilícitas capaz de inocentá-lo, entendemos, que, na atualidade, decorrendo a prática do crime, muitas vezes, da ação de organizações altamente especializadas, não se pode radicalizar a incidência do princípio da proporcionalidade a ponto de direcioná-lo, unicamente, ao interesse do réu. Ora, o processo penal é acromático e tem como maior objetivo a descoberta da verdade. Para tanto, é preciso que se reconstituam os fatos de forma a se descobrir como, efetivamente, ocorreram. Nessa reconstrução, a regra, indubitavelmente, deve ser a licitude da prova. Independente disto, pensamos, mais uma vez contrapondo a orientação majoritária, que a necessidade de estabelecer-se a prevalência da segurança da sociedade, também prevista no art. 5º, caput, da CF, faz com que deva ser admitida, também contra o réu, a prova ilícita quando o interesse público assim o exigir, evitando-se, destarte, a impunidade de criminosos. A admissão excepcional da prova ilícita *pro societate*, quando ausente outra forma de alcançar-se a responsabilização penal nos crimes de mal coletivo, parece justificar-se ainda em questões relacionadas às chamadas prevenção geral e prevenção especial.

Asseverando a admissibilidade das provas ilícitas como instrumento não só da defesa, mas também da acusação, Fernando Capez (2009, p. 352), elucida com peculiar exemplo:

Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, que seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas

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

Reunindo diversos argumentos favoráveis à aplicabilidade do princípio da proporcionalidade também em favor da sociedade, destaca-se a doutrina de Carnauba (2000, p.90):

O bem maior para o homem é o direito à vida, mas este precisa admitir restrições. É o caso da legítima defesa. [...] Assim também o direito de propriedade, que durante muito tempo a civilização oriental considerou absoluto, hoje sofre inúmeras limitações em função do bem-estar comum, afirmando a Constituição que a propriedade deve cumprir a sua função social, mesmo sendo um direito de grande importância para o homem. Não se pode entender, então, que o direito à privacidade, hierarquicamente inferior a esses outros direitos, seja protegido de forma absoluta pelo Estado. [...] O absolutismo que se pretende emprestar a esse direito, em alguns casos, pode gerar até indignação popular.

Também defendendo a aplicabilidade desta teoria da proporcionalidade *pro societate*, destaca-se novamente a doutrina de GOMES FILHO (1997, p.106):

Não se pode contestar que o critério de proporcionalidade encontra hoje agasalho nos textos legislativos destinados a dar maior severidade à repressão do crime organizado, do tráfico de entorpecentes, e de outras expressões mais agudas da criminalidade.

É exatamente isto que deve ser observado. É incoerente aceitar que os órgãos Judiciários se abstenham da condenação de criminosos pelo simples fundamento de que a prova, que efetivamente demonstra os fatos delituosos por eles praticados, fere direitos fundamentais ou afronta normas previstas em nosso ordenamento.

Ora, é plausível aceitar a impunidade destes criminosos, mesmo estando provado o mal que causaram à sociedade? Obviamente não. Neste sentido, preconiza Fernando Capez (2009, p.353): “A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção do princípio da proporcionalidade, que deve ser empregada *pro reo* ou *pro societate*”.

Aos poucos, vem ganhando força em nossos Tribunais este entendimento de admissibilidade das provas ilícitas como instrumento de acusação,

sempre pautados em parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade. É o que se observa nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. PROVAS ILÍCITAS. GRAVAÇÕES, PELA VÍTIMA, DE CONVERSAS MANTIDAS COM O SUPOSTO INFRATOR. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. ORDEM DENEGADA. 1. Inexiste divergência nesta Corte Superior quanto à legalidade da gravação feita por um dos interlocutores, tal como se dá na espécie, em que a suposta vítima do crime de extorsão realizou a gravação das conversas mantidas com o ora paciente. Precedentes. 2. Opina o MPF pela denegação da ordem. 3. Ordem denegada. (STJ – HC 87094 – SP – 5ª T. – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – DJ 24.11.2008).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. AGENTES FISCAIS. OBTENÇÃO DE VANTAGENS ILÍCITAS. GRAVAÇÃO DE CONVERSA PELO INTERLOCUTOR. PROVA LÍCITA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FALTA DE ARGUIÇÃO DE INFRINGÊNCIA DO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 2. Ademais, a jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação de conversas, efetuada pela vítima dos fatos, com criminosos, é prova lícita, que pode servir de elemento probatório para a notitia criminis e para a persecução criminal. 3. Agravo desprovido (STJ – AgRg no Ag 1142348 – PR – 5ª T. – Rel. Min. Laurita Vaz – DJ 09.11.2009).

Outro não é o posicionamento emanado pelo Supremo Tribunal Federal:

E M E N T A: HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO – OBSERVÂNCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. - A eficácia probante das copias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. - 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 habeas corpus” (HC 70814 / SP – São Paulo, DJ 24-06-1994. 1ª Turma do STF. Relator Min. Celso de Mello).

EMENTA: CONSITUCIONAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Consituição, que fala que ‘são inadmissíveis... as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional’ (*Verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da ‘Razoabilidade’ (*Reasonableness*). O princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas (*Exclusionary Rule*) também lá pede temperamentos. Ordem denegada (HC 3.982 / RJ – Rio de Janeiro, *DJU* 26-02-1996. 6ª Turma do STF. Relator Min. Adhemar Maciel).

O que se busca ao defender a licitude da prova obtida por meio não previsto em lei, pautado em padrões de razoabilidade e proporcionalidade, é evitar que a sociedade deixe de punir o acusado pelo simples fato da prova que lhe incrimina ser considerada ilícita.

Ademais, o que se busca preconizar é a admissibilidade destas provas ilícitas no processo como instrumento a ser utilizado pelos órgãos acusatórios, em situações excepcionais e não de maneira exacerbada, ilimitada e incondicional, ressaltando que as teorias da proporcionalidade e razoabilidade têm como limite à dignidade da pessoa humana. Assim sendo, não paira dúvidas na absoluta vedação da utilização de uma prova obtida mediante tortura.

Neste diapasão, há doutrinadores, alguns magistrados e membros do Ministério Público que propugnam pela aplicabilidade da teoria da proporcionalidade, em casos excepcionais intrinsecamente relevantes.

7. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Imperioso explicar, ainda que sucintamente, sobre importante instituto intrinsecamente ligado à discussão sobre a inadmissibilidade dos meios probatórios utilizados em desacordo com normas ou princípios trazidos em nosso ordenamento, qual seja, as taxadas provas ilícitas por derivação.

Neste momento não se preconiza a ilicitude da prova atacada, mas busca-se demonstrar que aquela prova, embora produzida em conformidade com o ordenamento, está fadada à ilicitude por ter como alicerce, raiz de sua existência, outra prova, esta sim considerada ilícita.

Pelas palavras de Raboneze (1995, p.33), as provas ilícitas por derivação “concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito”.

Amplio debate se instala no ordenamento pátrio acerca do presente tema, uma vez que a Constituição Federal, embora tenha expressamente imposto a vedação das provas obtidas ilicitamente, inicialmente quedou-se sobre as provas ilícitas por derivação, incumbindo aos operadores do direito a busca por precedentes na doutrina e jurisprudência para alcançar a solução da contenda.

Tal qual o enfrentamento dispensado às provas ilícitas, as mais variadas doutrinas e precedentes jurisprudenciais não assinalam para ponto em comum ao tratar da disciplina das provas consideradas ilícitas por derivação.

Posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários posicionam-se majoritariamente no sentido de que, embora não previsto expressamente no texto da Constituição Federal, as provas ilícitas por derivação são meios desfeitos no processo.

Tal afirmação tem por alicerce a vedação dispensada às provas ilícitas, prevista no artigo 5º, inciso LVI, eis que havendo meios probatórios que guardam íntima ligação com aquilo que é considerado ilícito, outro não pode ser o tratamento dispensado a estas provas, estando logicamente contaminados pela ilicitude.

Preconiza-se que a prova ilícita traz mácula aos direitos fundamentais, o que inviabiliza a sua manutenção no processo, razão pela qual as provas que dela derivam estão conseqüentemente abarcadas por esta ilicitude.

Aclamando pela igual inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, valendo-se do argumento, entre outros, de que a Constituição nada trouxe a respeito da admissibilidade de tais provas, tem-se a doutrina de Grinover, Gomes Filho e Fernandes (1992, p. 116):

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim igualmente banidas do processo.

Tal entendimento decorre, via de regra, da interpretação do texto do artigo 573, § 1º, do Código de Processo Penal, que dispõe: “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência”.

Como supedâneo destas nominadas provas ilícitas por derivação, tem-se a doutrina instituída pela Suprema Corte Norte-Americana, batizada de “*fruit of the poisonous tree*” – teoria dos frutos da árvore envenenada.

Usando de peculiar comparação, se passou a reconhecer que se a planta está acometida de vício, os frutos que dela derivam estarão igualmente viciados.

As cortes norte-americanas adotaram referida teoria no julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, no ano de 1920, onde passaram a asseverar a inadmissibilidade daquelas provas que, ainda que ilícitas em sua natureza, tenham sua origem ligadas a meios ilícitos.

Elencando a inadmissibilidade da prova derivadamente contaminada pela ilicitude, ecoa a doutrina de Avolio (1999, p.71), com fundamento nos ensinamentos de Grinover e Trocker:

Não resta dúvida, como afirmou Ada Grinover, que a Constituição deixou em aberto a questão da admissibilidade das provas ilícitas por derivação.

Mas se nos afigura primordial, como pareceu Trocker, perquirir a *ratio* das normas violadas pelo comportamento contrário à Constituição. Desta forma, efetuando o mesmo raciocínio utilizado pelo autor peninsular, se a prova ilícita tomada por referência comprometer a proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, essa ilicitude há de contaminar a prova dela referida, tornando-a ilícita por derivação, e, portanto, igualmente inadmissível no processo.

Comum são os casos em que se sufraga a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, inclusive em julgados da Suprema Corte pátria. O ilustre Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 237), traz o exemplo de julgado onde a doutrina denominada *fruit of the poisonous tree* foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal:

No *Habeas Corpus* n. 69.912-RS, o Ministro Sepúlveda Pertence, como Relator, observou: “Vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degravação’ das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas 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 gravação clandestina e conversas privadas... E finalizando: ou se leva às últimas conseqüências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida” (*Informativo STF*, n. 36, de 21-6-1996).

Contudo, não se pode olvidar que a doutrina dos frutos da árvore envenenada, se por um lado preconiza que as provas ilícitas por derivação são inadmissíveis no processo, por outro traz restrições à sua aplicabilidade, preconizando que esta vedação não é irrestrita e intangível, admitindo exceções em duas situações.

Na primeira, aponta-se para a admissibilidade da prova, ainda que encontre fundamento em outro meio de prova obtido ilicitamente, quando a ligação existente entre elas se der de maneira tênue, ínfima, de modo a não configurar causa e efeito.

Na segunda, estarão excepcionadas da vedação probatória aquelas provas que, embora derivadas de outra ilícita, poderiam ser trazidas aos autos de outra maneira.

Tecendo comentários sobre as situações de excepcionalidade que permitem afastar a regra trazida pela referida doutrina norte-americana, destaca-se a irreparável doutrina de Grinover, Gomes Filho e Fernandes (1992, p. 117):

[...] No entanto, é preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional: excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre uma 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 da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo, na *inevitable discovery*.

Ressalta-se, então, que não serão tidas como inadmissíveis, e permanecerão no processo, quando as provas ilicitamente obtidas não constituírem causa determinante da produção da prova derivada, e, ainda, se estas últimas forem obtidas de fonte autônoma, diversa da prova ilícita.

Em vista destas ressalvas trazidas pela própria Suprema Corte norte-americana e pela doutrina alienígena, é preciso aclarar que não se pode repelir as provas ilícitas por derivação indistintamente, uma vez que esta admissibilidade não é calcada nem mesmo no país de onde originou-se.

Faz-se necessário destacar a doutrina do saudoso Mirabete (2000, p. 233), firme no labor de apontar para o trato da admissibilidade das provas derivadamente ilícitas:

[...] como a lei ordinária não prevê expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação, prevalece a eficácia do dispositivo constitucional que veda apenas a admissibilidade da prova colhida ilicitamente, e não a da que dela deriva.

Neste mesmo prisma, registra-se o ensinamento de Barbosa Moreira (2000, p.127), discorrendo sobre a necessidade de ressaltar as exceções impostas a vedação das provas ilícitas por derivação:

[...] existe uma precipitação em importar a *teoria dos frutos da árvore envenenada*, ainda mais em formulação indiscriminada, nua dos matizes

que a recobrem no próprio país de origem. A jurisprudência norte-americana, com efeito, não a consagra sem ponderáveis restrições. Interessante notar que nos Estados Unidos, entre outros casos, se tem repellido a tese da ilicitude “derivada” ou “por contaminação” quando o órgão judicial se convence de que, se fosse como fosse, se chegaria “inevitavelmente”, nas circunstâncias, a obter a prova por meio legítimo, isto é, ainda fazer-se abstração da ilegalidade praticada.

Conforme já citado, à época em que o ordenamento pátrio ainda não tratava do instituto das provas ilícitas por derivação, o Supremo Tribunal Federal pendia-se para a inadmissibilidade de tais provas no processo.

Buscando pôr fim a discussão atinente às provas derivadas das ilícitas, o legislador trouxe dispositivos que tratam expressamente do tema. É o que se verifica com o advento da Lei nº 11.690/2008, que, de certa forma, regulamentou o preceito constitucional elencado no artigo 5º, inciso LVI, da Magna Carta.

É o que se observa do teor do artigo 157, do Código de Processo Penal:

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

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

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

[...]

Primeiramente, a lei deu ênfase à regra constitucional que veda a admissibilidade da prova ilícita, não distinguindo as que violem regras materiais e processuais.

Ademais, importou expressamente a adoção da teoria da árvore dos frutos envenenados, tendo por base os contornos aclarados pela legislação norte-americana.

Neste momento, faz-se necessário abrir um parêntese para ilustrar a aplicabilidade dos dispositivos acima elencados, em um caso prático, de grande repercussão no mundo jurídico.

Ainda que de maneira sucinta, imperioso tecer comentários e trazer à baila, o importante julgamento do caso envolvendo o banqueiro Daniel Valente Dantas, onde o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a ilicitude das provas colhidas no inquérito policial e, com fulcro na *teoria da árvore envenenada*, anulou a ação penal desde seu início.

Em meados de 2004, a Polícia Federal encetou diversas diligências investigatórias com o objetivo de dismantelar quadrilhas que tinham seu campo de atuação voltado para crimes financeiros, dentre eles desvio de verbas públicas, corrupção e lavagem de dinheiro.

Este conjunto de investigações foi denominado de “*Operação Satiagraha*”, perpetrada pela Polícia Federal com supervisão do Ministério Público Federal, que culminou na descoberta de uma grande organização que, segundo a Polícia Federal, tinha como líder o banqueiro Daniel Valente Dantas.

A defesa de Dantas impetrou Habeas Corpus preventivo, com o intuito de conseguir a expedição de salvo-conduto, evitando a decretação de sua prisão. Contudo, neste interím, o juiz Fausto de Sanctis determinou a prisão temporária de Dantas em 8 de julho de 2008.

Com o encarceramento de Dantas, o Habeas Corpus tornou-se liberatório e por decisão do STF, na pessoa do relator o Ministro Gilmar Mendes, o banqueiro foi posto em liberdade no dia 10 de julho de 2008.

No comando da referida operação, encontrava-se o delegado Protógenes Queiroz, que foi “forçado” a se afastar do caso alguns dias após a conclusão das investigações, face às inúmeras acusações de irregularidades na obtenção das provas.

Tais investigações deram ensejo a ação penal que tramitou perante a 6ª Vara Criminal Federal da cidade de São Paulo/SP. A defesa de Dantas passou a pleitear a suspeição do magistrado Fausto de Sanctis, responsável pelo julgamento do caso, alegando que ele estaria atuando de maneira tendenciosa a condená-lo. O

Conselho Nacional de Justiça negou o pleito da defesa, mantendo Fausto de Sanctis na presidência do caso.

Após idas e vindas ao Supremo e Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em 2 de dezembro de 2008, Dantas foi condenado por crime de corrupção ativa, pela Justiça Federal de São Paulo, à cumprir pena de 7(sete) anos e 1(um) mês de prisão, além do pagamento de multa no importe de R\$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais).

Valendo-se novamente do remédio constitucional, a defesa de Dantas impetrou novo Habeas Corpus perante a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sustentando que as investigações conduzidas pelo delegado Protógenes estão maculadas pela ilegalidade e, por isso, maculam todo o processo, pleiteando, pois, a anulação de toda a ação penal.

O “*writ*” foi distribuído ao Ministro Adilson Macabu, convocado do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, que deferiu a ordem para anular a ação penal “ab initio” movida contra Daniel Dantas.

A decisão de Macabu teve por fundamento a “teoria dos frutos da árvore envenenada”, pois reconheceu a ilicitude das provas produzidas na fase investigatória e, por conseguinte, as demais provas que delas derivam estão fadadas à ilicitude por contaminação.

É o que se observa do acórdão proferido no HC nº 149.250, em comento, ora, transcrito:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO SATIAGRAHA. PARTICIPAÇÃO IRREGULAR, INDIVIDUOSAMENTE COMPROVADA, DE DEZENAS DE FUNCIONÁRIOS DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) E DE EX-SERVIDOR DO SNI, EM INVESTIGAÇÃO CONDUZIDA PELA POLÍCIA FEDERAL. MANIFESTO ABUSO DE PODER. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR-SE A ATUAÇÃO EFETIVADA COMO HIPÓTESE EXCEPCIONALÍSSIMA, CAPAZ DE PERMITIR COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PRECEITO LEGAL AUTORIZANDO-A. PATENTE A OCORRÊNCIA DE INTROMISSÃO ESTATAL, ABUSIVA E ILEGAL NA ESFERA DA VIDA PRIVADA, NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÕES DA HONRA, DA IMAGEM E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INDEVIDA OBTENÇÃO DE PROVA ILÍCITA, PORQUANTO COLHIDA EM DESCONFORMIDADE COM PRECEITO LEGAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. AS NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL, E DEMONSTRADAS À EXAUSTÃO, CONTAMINAM

FUTURA AÇÃO PENAL. INFRINGÊNCIA A DIVERSOS DISPOSITIVOS DE LEI. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPARCIALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INQUESTIONAVELMENTE CARACTERIZADA. A AUTORIDADE DO JUIZ ESTÁ DIRETAMENTE LIGADA À SUA INDEPENDÊNCIA AO JULGAR E À IMPARCIALIDADE. UMA DECISÃO JUDICIAL NÃO PODE SER DITADA POR CRITÉRIOS SUBJETIVOS, NORTEADA PELO ABUSO DE PODER OU DISTANCIADA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ESSAS EXIGÊNCIAS DECORREM DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO. NULIDADE DOS PROCEDIMENTOS QUE SE IMPÕE, ANULANDO-SE, DESDE O INÍCIO, A AÇÃO PENAL.

1. Uma análise detida dos 11 (onze) volumes que compõem o HC demonstra que existe uma grande quantidade de provas aptas a confirmar, cabalmente, a participação indevida, flagrantemente ilegal e abusiva, da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado responsável pela chefia da Operação Satiagraha.

2. Não há se falar em compartilhamento de dados entre a ABIN e a Polícia Federal, haja vista que a hipótese dos autos não se enquadra nas exceções previstas na Lei nº 9.883/99.

3. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual, como nos ensina a Prof^a. Ada Pellegrini Grinover, in "Nulidades no Processo Penal", "o direito à prova está limitado, na medida em que constitui as garantias do contraditório e da ampla defesa, de sorte que o seu exercício não pode ultrapassar os limites da lei e, sobretudo, da Constituição."

4. No caso em exame, é inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalidam, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arripio da lei.

5. Insta assinalar, por oportuno, que o juiz deve estrita fidelidade à lei penal, dela não podendo se afastar a não ser que imprudentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda da imparcialidade. Ele não deve, jamais, perder de vista a importância da democracia e do Estado Democrático de Direito.

6. Portanto, inexistem dúvidas de que tais provas estão irremediavelmente maculadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica, consoante entendimento já cristalizado pela doutrina pacífica e lastreado na torrencial jurisprudência dos nossos tribunais.

7. Por todo o exposto, concedo a ordem para anular, desde o início, a ação penal.

Importante transcrever, ainda, uma parte do voto proferido pelo Ministro Adilson Macabu, onde assevera a necessidade de expurgar as provas ilícitas do processo, em observância aos comandos legais e constitucionais:

... omissis...

Por estas razões, tenho que todas as provas colhidas por agentes da ABIN e pelo investigador particular contratado indevidamente, no curso da operação, são ilícitas.

Podemos definir prova ilícita como sendo aquela obtida com violação de regra ou princípio constitucional.

Em relação às provas ilícitas, nosso ordenamento jurídico adotou o sistema da inadmissibilidade das obtidas por meios ilícitos, ou seja, toda e qualquer prova nessa situação não poderia, em tese, sequer, ingressar nos autos, conforme o disposto nos arts. 5º, LVI, da Constituição Federal e 157, do Código de Processo Penal.

...omissis...

Uma vez reconhecida a ilicitude das provas colhidas, necessário verificar os desdobramentos daí advindos.

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (The fruit of the poisonus tree) teve origem na Suprema Corte Americana, que adotou o entendimento de que os vícios da "árvore são transmitidos aos seus frutos", ou seja, havendo uma origem ilícita, como in casu, uma investigação eivada de inconstitucionalidade, toda a prova dela decorrente, mesmo que não ilícita em si, não poderá ser admitida, pois já estaria contaminada.

Aliás, o § 1º, do art. 157, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08, admite a adoção da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, ressalvando a hipótese de não se comprovar o nexo de causalidade entre as provas derivadas e as ilícitas ou caso as derivadas possam ser obtidas por intermédio de uma fonte diversa das ilícitas.

Discute-se muito acerca da aplicabilidade da teoria ao Direito Pátrio. No entanto, o excelso Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema, em brilhante voto da lavra do em. Ministro Sepúlveda Pertence, cuja ementa transcrevo a seguir:

"PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA 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 TELEFÔNICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFÔNICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSÍVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALÊNCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINÁ-LA E VIABILIZÁ-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 segundo / RS, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 16/12/1993 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 25-03-1994 PP-06012, EMENT VOL-01738-01 PP-00112 RTJ VOL-00155-02 PP-00508)

Nesse mesmo sentido, cita-se brilhante precedente da lavra da i. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, verbis:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. AÇÃO PENAL INSTAURAÇÃO. BASE EM DOCUMENTAÇÃO APREENDIDA EM DILIGÊNCIA CONSIDERADA ILEGAL PELO STF E STJ. AÇÕES PENAIS DISTINTAS. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E SEGURANÇA JURÍDICA. 2. ILICITUDE DA PROVA DERIVADA. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. DENÚNCIA OFERECIDA COM BASE EM PROVA DERIVADA DA PROVA ILÍCITA. IMPOSSIBILIDADE. TRANCAMENTO. 3. ORDEM CONCEDIDA.

1. Tendo o STF declarado a ilicitude de diligência de busca e apreensão que deu origem a diversas ações penais, impõe-se a extensão desta decisão a todas as ações dela derivadas, em atendimento aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

2. Se todas as provas que embasaram a denúncia derivaram da documentação apreendida em diligência considerada ilegal, é de se reconhecer a imprestabilidade também destas, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, trancando-se a ação penal assim instaurada.

3. Ordem concedida para trancar a ação penal em questão, estendendo, assim, os efeitos da presente ordem também ao co-réu na mesma ação LUIZ FELIPE DA CONCEIÇÃO RODRIGUES." (HC 100.879/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 08/09/2008) (grifei)

Na mesma linha de entendimento, merecem destaque, ainda, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DELITO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. "PRIVILÉGIO CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO: GARANTIA BÁSICA QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO (PARLAMENTAR, POLICIAL OU JUDICIAL) NÃO SE DESPOJA DOS DIREITOS E GARANTIAS ASSEGURADOS" (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRINCÍPIO "NEMO TENETUR SE DETEGERE". POSITIVAÇÃO NO ROL PETRIFICADO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (ART. 5.º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): OPÇÃO DO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO BRASILEIRO DE CONSAGRAR, NA CARTA DA REPÚBLICA DE 1988, "DIRETRIZ FUNDAMENTAL PROCLAMADA, DESDE 1791, PELA QUINTA EMENDA [À CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA], QUE COMPÕE O "BILL OF RIGHTS" NORTE-AMERICANO (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRECEDENTES CITADOS DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: ESCOBEDO V. ILLINOIS (378 U.S. 478, 1964); MIRANDA V. ARIZONA (384 U.S. 436, 1966), DICKERSON V. UNITED STATES (530 U.S. 428, 2000). CASO MIRANDA V. ARIZONA: FIXAÇÃO DAS DIRETRIZES CONHECIDAS POR "MIRANDA WARNINGS", "MIRANDA RULES" OU "MIRANDA RIGHTS". DIREITO DE QUALQUER INVESTIGADO OU ACUSADO A SER ADVERTIDO DE QUE NÃO É OBRIGADO A PRODUZIR QUAISQUER PROVAS CONTRA SI MESMO, E DE QUE PODE PERMANECER EM SILÊNCIO PERANTE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, POLICIAL OU JUDICIÁRIA. INVESTIGADA NÃO COMUNICADA, NA HIPÓTESE, DE TAIS GARANTIAS FUNDAMENTAIS. FORNECIMENTO DE MATERIAL GRAFOTÉCNICO PELA PACIENTE, SEM O CONHECIMENTO DE QUE TAL FATO PODERIA, EVENTUALMENTE, VIR A SER USADO PARA FUNDAMENTAR FUTURA CONDENAÇÃO. LAUDO PERICIAL QUE EMBASOU A DENÚNCIA.

PROVA ILÍCITA. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE). ORDEM CONCEDIDA.

...omissis...

6. Evidenciado nos autos que a Paciente já ostentava a condição de investigada e que, em nenhum momento, foi advertida sobre seus direitos constitucionalmente garantidos, em especial, o direito de ficar em silêncio e de não produzir provas contra si mesma, resta evidenciada a ilicitude da única prova que embasou a condenação. Contaminação do processo, derivada da produção do laudo ilícito. Teoria dos frutos da árvore envenenada.

7. Apenas advir-se que a observância de direitos fundamentais não se confunde com fomento à impunidade. É mister essencial do Judiciário garantir que o jus puniendi estatal não seja levado a efeito com máculas ao devido processo legal, para que a observância das garantias individuais tenha eficácia irradiante no seio de toda a sociedade, seja nas relações entre o Estado e cidadãos ou entre particulares (STF, RE 201.819/RS, 2.^a Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, DJ de 27/10/2006).

8. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia com base em outras provas." (HC 107.285/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 07/02/2011)

Assim, não há outro caminho a não ser a descontaminação da investigação, expurgando dos autos todos os elementos colhidos em desconformidade com a lei.

Em decorrência dos desmandos e abusos praticados, as provas obtidas por meios ilícitos, circunstância plenamente evidenciada, não podem mais figurar nos autos do processo, sendo certo que a Constituição de 88 as repudiou, na dicção contida em seu art. 5º, LVI, ao estatuir como cláusula pétrea o princípio de que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Portanto, estamos diante de garantia que integra o postulado do devido processo legal, que exige, na apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria, a observância da forma legalmente prescrita na norma jurídica.

A propósito, cabe transcrever o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, ao assinalar, no RHC 90376-3-RJ, Segunda Turma, Julgado em 03/04/07:

"A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo".

...omissis...

Acompanhando a linha do pensamento de ADA PELLEGRINI GRINOVER, o Supremo Tribunal Federal, julgando o habeas corpus 90.376-2, em brilhante voto da lavra do e. Ministro Celso de Mello, assim decidiu:

"Prova penal. BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5o. LVI) – ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) – INADMISSIBILIDADE – BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDATO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO – IMPOSSIBILIDADE (...) GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM

TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL (...) PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA (...) PORQUE IMPREGNADA DE ILICITUDE ORIGINÁRIA. Doutrina. Precedentes (STF). ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. – A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “due process of law”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 59, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art.1o.), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum”. Doutrina. Precedentes. 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. – 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 inconstitucionalmente 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 da repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional. (...) Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatório a que os órgão 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, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos”.

Não foi outro o sentido dado pela Lei 11.690/08, que traduziu, de forma expressa, o mandamento constitucional que ordena o desentranhamento das provas obtidas por meios ilícitos, estabelecendo no art. 157, do Código de Processo Penal, a seguinte redação:

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

Gostaria de registrar, antes de finalizar o voto, que não se trata de mais um caso rumoroso que ficou impune. Não! Na realidade, os eventuais delitos cometidos pelo ora paciente podem e devem ser investigados e, se comprovados, julgados, desde que observados SEMPRE E EM QUALQUER CASO, a legalidade dos métodos empregados na busca da verdade real, respeitando-se o Estado Democrático de Direito e os Princípios da Legalidade, da Impessoalidade e do Devido Processo Legal.

...omissis...

Num estado de direito efetivo e verdadeiro, o magistrado deve julgar sem paixões e em absoluta sintonia com a estrutura normativa existente, mesmo porque não lhe cabe legislar, mas apenas aplicar as regras elaboradas por outro poder, o legislativo, que na sistemática adotada pela nossa Constituição Federal, no seu art. 2º, também goza de independência, consoante a lição advinda do princípio da separação de poderes.

Ora, se todos são iguais perante a lei, em consonância com o princípio da isonomia insculpido no art. 5º da Lei Maior, não se pode aceitar que uma investigação manipulada, realizada a lattere, discriminatória em sua essência e inspirada em interesses ilegítimos, tais como motivações políticas e eleitoreiras, possa gerar consequências desastrosas, atingindo a liberdade das pessoas e as garantias processuais, independentemente de quem esteja sendo processado e da natureza da infração penal atribuída ao paciente.

...omissis...

Portanto, inexistem dúvidas de que as referidas provas estão irremediavelmente maculadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica, consoante já demonstrado acima pela doutrina pacífica e lastreada na torrencial jurisprudência dos nossos tribunais.

...omissis...

Conforme exposto, o Ministro Macabu declarou nula toda a ação penal movida contra Daniel Dantas, por reconhecer que as provas produzidas em sede de inquérito policial, violaram preceitos legais e dispositivos constitucionais. Neste contexto, reconheceu a aplicabilidade da teoria “*fruits of the poisonous tree*”, para declarar a nulidade da ação penal que estava fundada em provas obtidas ilicitamente.

É de se ressaltar que o entendimento do Ministro relator não foi acolhido de maneira unânime pelos demais Ministros que participaram do julgamento do habeas corpus.

Os Ministros Gilson Dipp e Laurita Vaz entenderam que, ainda que se reconhecessem tais provas como ilícitas, o “writ” tinha como objeto a declaração da nulidade de somente alguns procedimentos realizados pela Polícia Federal. Logo,

preconizaram que o julgamento de Macabu extrapolou os limites daquilo que foi pleiteado pela douta Defesa de Dantas.

Não obstante, a Ministra Laurita Vaz, ao proferir seu voto, explanou sobre a pacífica jurisprudência no sentido de que as irregularidades ocorridas na fase de colheita de provas, em sede de inquérito policial, não acarretam a nulidade da ação penal, quando podem ser apuradas em esferas pertinentes.

Pelo exposto extrai-se a noção de que com o advento da Lei nº 11.690/2008, a inadmissibilidade das provas ilícitas originárias ou derivadas passou ter maior lastro na jurisprudência pátria.

Contudo, da mesma forma que albergou referida teoria, a lei também inclui as limitações apontadas pela doutrina e jurisprudência, quanto à aplicação desta doutrina.

O §1º do referido dispositivo, excepciona a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, nos casos em que não se pode apontar com clareza o nexo existente entre a prova ilícita e aquela que dela deriva, estabelecendo regra já aplicada pelo Supremo Tribunal Federal.

É o que se denomina “*independent source limitation*”, ou limitação da fonte independente. O doutrinador Fernando Capez (2009, p.309) aponta julgado onde se conheceu a aplicabilidade desta limitação:

Trata-se de teoria que já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no qual se entendeu que se deve preservar a denúncia respaldada em prova autônoma, independente da prova ilícita impugnada por força da não-observância de formalidade na execução de mandado de busca e apreensão (STF, HC-ED 84.679-MS, rel. Eros Grau, j. 30-8-2008, DJ, 30 set. 2005, p.23)

Ainda tratando do §1º, do artigo 157 do Código de Processo Penal, houve a implantação de outra exceção no que tange a regra de inadmissibilidade das provas ilícitas e suas derivadas. Exceção esta denominada de “*inevitable discovery limitation*”, ou limitação da descoberta inevitável.

Nos casos, em que se apontar com lucidez, que a prova ilícita por contaminação inevitavelmente, analisadas as circunstâncias do caso concreto, seria obtida por meio lícito e, por conseguinte, integraria o processo de uma forma ou de outra, não há que se falar desentranhamento da prova ilícita por derivação.

O §2º, do aludido dispositivo, define aquilo que vem a ser considerada fonte independente, no que concerne às exceções à vedação probatória dispensada às provas ilícitas por derivação.

Nas palavras de Capez (2009, p. 310), citando referido parágrafo:

O legislador considera, assim, fonte independente a descoberta inevitável, mas tal previsão legal é por demais ampla, havendo grave perigo de se esvaziar uma garantia constitucional, que é a vedação da utilização da prova ilícita.

Contudo, neste momento, é imperioso destacar a tendência que surge pela mitigação da doutrina dos frutos da árvore envenenada, não devendo ser adotada postura intangível e absoluta no sentido de repelir, indiscriminadamente, a utilização das provas ilícitas por derivação.

Ainda que tenha se inserido a vedação legal acerca das provas ilícitas e das provas ilícitas por contaminação, esta restrição não tem o condão de afastar a incidência do princípio constitucional da proporcionalidade, perfeitamente cabível em matéria probatória.

Valendo-se dos mesmos argumentos de defesa à admissibilidade da prova ilícita em casos excepcionais, é que se deve dar igual tratamento às provas ilícitas por derivação, admitindo-se referidas provas em ocasiões em que, analisadas as circunstâncias do caso concreto, devam prevalecer interesses de imensurável magnitude para o indivíduo.

É o que sustenta Fernando Capez (2009, p.349):

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade de que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto,

ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado.

Neste contexto que se deve recorrer novamente à teoria da proporcionalidade, onde somente no caso concreto é que se poderá analisar qual interesse deverá prevalecer, em detrimento de outro, igualmente defendidos no ordenamento.

Não há razão plausível para desprezar uma prova ainda que derivada de outra ilícita, quando estão em jogo valores e princípios preponderantemente mais valorosos, pelo simples argumento de prevalência da norma que veda as provas obtidas ilicitamente e, por conseqüência da doutrina norte-americana e recente vedação expressa conferida pelo legislador, aquelas que dela derivam.

O que se busca defender não é a admissibilidade exacerbada das provas ilícitas por derivação, mas que permita a sua utilização em caráter excepcional, analisando as circunstâncias do caso concreto.

Desta feita, se após aferir as peculiaridades do processo, se alcançar o consenso de que o bem jurídico tutelado guarda maior importância e valor do que o bem violado, na colheita da prova, há de se admitir tais provas no processo.

Esta aferição deve se dar à luz de um critério razoável, sopesando os valores dos bens jurídicos postos em questão, para que assim, pautado no princípio da proporcionalidade, seja possível afastar a vedação probatória e admitir as provas ilícitas, e suas derivadas, em caráter excepcional no processo.

8. CONCLUSÃO

Transposta a breve disciplina atinente ao instituto da prova, onde foi elencado pontos cruciais para o entendimento da matéria probatória no âmbito do processo, passou-se, então, à tratativa das provas consideradas ilícitas pelo ordenamento, que constituiu o ponto crucial do presente trabalho.

A Constituição Federal de 1988 considera categoricamente as provas ilícitas como sendo inadmissíveis no processo. Logo, não seria possível permitir que sua produção se desse ainda que se invocasse outros valores, como a dignidade da pessoa humana. As partes devem buscar no processo, meios lícitos de provas, que não sejam contrários ao ordenamento jurídico, para demonstrar ao magistrado que suas alegações são verossímeis.

Contudo, há de se ponderar que os direitos fundamentais não podem ser tidos como intocáveis, eles são relativos e limitados pela sua própria natureza, encontrando limitações em outros direitos fundamentais e, ainda, nos direitos dos demais cidadãos.

Neste contexto, ao se deparar no processo com a possibilidade da utilização de uma prova obtida por meio ilícito, estaria configurado um conflito de direitos fundamentais. E é nesta esteira que se devem aplicar as teorias da razoabilidade e proporcionalidade, como forma de se possibilitar, eventualmente, a produção da prova ilícita no processo.

Por força da teoria da razoabilidade, deve-se buscar um ponto de equilíbrio entre as garantias fundamentais (direito à privacidade, dignidade, personalidade) e a não exclusão das provas tidas como ilegais ou ilegítimas como forma de se evitar condenações injustas.

Logo, a teoria da razoabilidade tenciona-se à plena admissibilidade da utilização daquelas provas fadadas à ilicitude em benefício do réu.

No que tange a possibilidade de aplicação da teoria da proporcionalidade em favor do réu, tem-se pacificado o entendimento favorável à admissibilidade da prova obtida por meio ilícito no processo, em face dos princípios

da dignidade, liberdade e do direito de defesa. Assim sendo, mesmo que a prova seja reconhecidamente ilícita, se o seu conteúdo favorecer o réu, será considerada válida e, por conseguinte, não haverá interesse estatal em punir o indivíduo.

Contudo, a controvérsia doutrinária e jurisprudencial gira em torno da admissibilidade da prova ilícita em favor da acusação. Surgem teorias favoráveis e desfavoráveis a esta possibilidade que beneficie a acusação.

O presente trabalho, neste momento, busca defender a possibilidade da utilização da prova ilícita no processo ainda que em desfavor do réu.

Tal entendimento deve se dar à luz de um critério razoável e proporcional, sopesando os bens jurídicos envolvidos na questão, a fim de inviabilizar excessos em detrimento dos direitos fundamentais dos indivíduos. Destarte, o que se defende neste trabalho não é a utilização da prova ilícita de forma ilimitada e incondicional no processo, mas sim em caráter excepcional.

Parte-se da idéia de que as partes devem ser tratadas igualmente. Ora, se a violação à norma material na obtenção da prova em favor do réu é admissível, outro tratamento não deve ser dispensado à acusação.

Logo, deve-se permitir que a vítima, ou ainda um terceiro interessado, colha a prova ilícita, devendo esta ser considerada válida no processo, como forma de se alcançar a tal almejada verdade real que poderá servir como fundamento da condenação.

Tal admissibilidade deve ser pautada pelo princípio da proporcionalidade. O que se deve aferir é uma adequação, uma razoabilidade entre o bem jurídico violado no momento da produção da prova e o bem jurídico que se visa tutelar. Deste modo, a prova ilícita somente deverá ser admitida no processo quando, após sopesar os valores dos bens em questão, for possível concluir que o bem tutelado é de maior importância e valor do que o bem violado pela parte.

Ressalta-se a inadmissibilidade da prova obtida mediante tortura em quaisquer circunstâncias, haja vista que, tal prova padece de qualquer credibilidade, devendo esta ser considerada nula.

A admissibilidade da prova ilícita no processo em favor da acusação ainda encontra fundamento no princípio da verdade real. A produção de provas tem

como objetivo demonstrar como os fatos realmente aconteceram, assim sendo, quando uma prova alcança a verdade real de forma incontestável, de modo a comprovar a autoria de um crime, mesmo que seja obtida através de meio ilícito, em caráter de excepcionalidade, não deve ser desprezada do processo.

Neste mesmo prisma, insurgem-se as provas ilícitas por derivação. Inicialmente, utilizava-se exclusivamente em nosso ordenamento, os preceitos elencados pela doutrina norte-americana, que preconizava o entendimento no qual a ilicitude de uma prova contamina todas aquelas que dela derivam, ainda que estas sejam obtidas por meios lícitos.

Com o advento da lei nº 11.690/2008, passa a existir vedação expressa das provas ilícitas por derivação em nosso ordenamento, importando a já elencada e aplicada teoria dos “frutos da árvore envenenada”, reforçando a vedação constitucional contida no artigo 5º, inciso LVI, da Magna Carta.

Este é o entendimento predominante na jurisprudência pátria, conforme demonstrado, ainda que de maneira sucinta, no julgamento do caso Daniel Dantas, face às ilicitudes constatadas nas investigações da “Operação Satiagraha”, encetada pela Polícia Federal, que culminou no desmantelamento de uma grandiosa quadrilha especializada na prática de crimes financeiros.

Do mesmo modo, o presente trabalho busca enaltecer o entendimento de que é perfeitamente possível a utilização das provas ilícitas por derivação, tendo por base um critério razoável, a ser analisado no caso concreto.

Valendo-se, novamente, dos preceitos trazidos pela teoria da proporcionalidade, as provas contaminadas pela ilicitude podem, eventualmente, servir como base para condenação ou absolvição do acusado.

Deste modo, tais provas somente deverão ser admitidas no processo quando, após um análise dos valores dos bens postos em conflito, for possível aferir que o bem tutelado é de maior importância e valor do que o bem violado pela parte na obtenção da prova ilícita, da qual outro meio probatório é derivado.

Por fim, o presente trabalho defende uma reprimenda ao indivíduo violador da norma material no momento da produção da prova. Tal entendimento tem por base a doutrina que defende a admissibilidade da prova ilícita no processo,

devendo aquela permanecer no processo, contudo, aplicando ao indivíduo violador uma sanção administrativa, civil ou, ainda, penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

AVENA, Noberto. **Processo Penal Descomplicado**. 1ª. ed. São Paulo: Método, 2009.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARROS. Antonio Milton de. **Da Prova no Processo Penal: apontamentos gerais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNAUBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Edicamp, 2003.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

ESTEFAM, André. **Provas e Procedimentos no Processo Penal**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FREGADOLLI, Luciana. **O direito à Intimidade e a Prova Ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no Processo Penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas Ilícitas**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo; São Paulo, 1980.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Jose Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. São Paulo: Millennium, 2009.

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da Prova Penal**. 3. ed. Campinas: Impactus, 2006.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOSSIN, Antônio Heráclito. **Curso de Processo Penal**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas Ilícitas no processo penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por Meios Ilícitos**. Porto Alegre: Síntese, 1995.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma Processual Penal de 2008: Lei 11.719/2008, procedimentos penais: Lei 11.690/2008, provas: Lei 11.689/2008, júri: comentadas artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**: v. 1. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.