

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

PROVA ILÍCITA E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Arthur Guilherme Ramos Ferreira

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

PROVA ILÍCITA E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Arthur Guilherme Ramos Ferreira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Msc. Cláudio José Palma Sanchez.

Presidente Prudente/SP

2017

PROVA ILÍCITA E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Claudio José Palma Sanchez

Mário Coimbra

Claudinei de Melo Alves Júnior

Presidente Prudente, 21 de novembro de 2017.

Lembre da minha ordem: “Seja forte e corajoso! Não fique desamparado, nem tenha medo, porque eu, o Senhor teu Deus, estarei com você em qualquer lugar para onde você for!”

A Bíblia (Josué 1:9)

AGRADECIMENTOS

É chegada a hora de reflexão e de agradecimento àqueles que fizeram parte de cada linha e cada pensamento expressado nesse trabalho.

Primeiramente a Deus pela oportunidade, privilégio e sustentação, que está sempre presente nos meus planos e que tem me abençoado em todos os momentos da minha vida, inclusive no decorrer do curso, proporcionando-me a oportunidade de vivenciar experiências únicas em uma faculdade renomada.

A minha família, que sempre esteve junto comigo, dando amor, respeito e dedicação, incentivando a cada oportunidade, contribuindo de maneira direta para que eu chegasse até aqui, tornando o meu caminho mais suave e prazeroso.

Ao professor Cláudio José Palma Sanchez, por ter aceitado o convite prontamente para ser meu orientador, pela atenção na orientação deste trabalho e por todo o convívio, desde o primeiro ano até a presente data, onde me fez desbravar um caminho de conhecimento e aperfeiçoamento necessário.

Aos meus examinadores, professor Mário Coimbra e ao meu amigo Claudinei de Melo Alves Júnior, por terem aceitado o convite e por abrilhantar ainda mais o trabalho, compondo a banca examinadora.

Agradecimento especial a Bianca, minha namorada, por todo o apoio e paciência durante os estudos, pesquisas e nas idas à biblioteca para apanhar os livros que foram objeto de pesquisa e anotações.

Não poderia deixar de agradecer ao meu amigo Gabriel, por todo apoio nos estudos durante os períodos de provas, inclusive na elaboração deste trabalho acadêmico e em todos os nossos projetos que fizemos juntos.

Por fim, gostaria de deixar consignado o meu agradecimento e minha satisfação a todos que contribuíram, dando-me inspiração e encorajamento para que eu chegasse até aqui. Estou muito feliz pelo momento em que vivo, junto com pessoas que torcem por mim e que sempre estão comigo. Meu muito obrigado a todos que fizeram parte dessa etapa decisiva e importantíssima em minha vida.

RESUMO

É notório que a apreciação da prova passou por diferentes fases através da história, amoldando-se à cultura, aos costumes e ao momento político de cada povo. Sabe-se que o Estado é o detentor do *jus puniendi*, ou seja, é ele que tem o poder de aplicar a justiça. Para noções introdutórias, as provas têm grande importância para o processo, visto que através delas é estabelecida a existência ou não dos fatos, possibilitando ao detentor da ação responsabilizar o indivíduo por sua conduta infracional. O tema da presente pesquisa se encontra, fundamentalmente, no estudo das provas ilícitas e na possibilidade de admiti-las no processo penal brasileiro. Preliminarmente, o trabalho traz noções históricas e curiosidades referentes ao surgimento do tema, buscando o melhor entendimento da questão que se põe. Após, são tratadas as bases constitucionais, permitindo a análise das regras e princípios inerentes ao tema abordado, bem como sua aplicação para afastar a vedação às provas ilícitas. Com a utilização da legislação brasileira específica sobre o tema, da doutrina e da jurisprudência, pretende-se investigar as diversas correntes que se formaram a respeito do assunto, podendo-se afirmar que é uma matéria repleta de divergências. Consegue-se, com base na pesquisa, demonstrar que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas não é absoluto, assim como todas as outras normas do ordenamento jurídico. Em seguida, são analisadas as provas por derivação, sendo abordados seu conceito e peculiaridades. Busca-se evidenciar a possibilidade de admitir as provas ilícitas no processo penal brasileiro, aplicando o princípio da proporcionalidade, princípio este que é de extrema importância para uma melhor aplicação da justiça e da paz social. Por fim, são demonstrados casos concretos em que a jurisprudência trata das provas ilícitas.

Palavras-chave: Prova. Processo Penal. Provas ilícitas. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

It is notorious that the appreciation of the proof went through different stages throughout history, molding itself to the culture, customs and political moment of each people. It is known that the State holds power over the *jus puniendi*, which means it has the power to apply justice. To begin with, the evidence is of great importance to the criminal procedure, since, by them, it is established the existence of facts, enabling the procedure owner to have the individual accountable for his or hers criminal act. The present research's object relies, fundamentally, on the study of illegal evidence and on the possibility of its admission in Brazilian criminal procedures. Preliminarily, the research brings historical notions and curiosities regarding the subject, in seek of a better comprehension of the question put. Afterwards, the constitutional bases are dealt with, allowing the analysis of the rules and principles inherent to the topic, as well as its application to remove the prohibition of the illicit evidences. With the help of doctrine, jurisprudence and specific Brazilian legislation about the subject, it is intended to investigate the different currents that have been formed about the subject, allowing us to conclude it is a matter full of divergences. Based on the research, it is shown that the principle of inadmissibility of illicit evidence isn't absolute, such as all other rules in our legal system. Following, it is studied the illicit evidences by derivation, including their concept and peculiarities. It is sought to highlight the possibility of admitting illicit evidence in the Brazilian criminal procedure by applying the principle of proportionality, which is of extreme importance for a better application of justice and social peace. Finally, concrete cases where the jurisprudence refers to illicit evidence are brought.

Keywords: Evidence. Criminal procedure. Illicit evidences. Proportionality Principle.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	ANÁLISE HISTÓRICA DA PROVA ILÍCITA NO BRASIL	10
2.1	Os Ideais Iluministas.....	10
2.2	Reflexos Provenientes do Iluminismo no Brasil.....	12
3	CONTEXTO CONSTITUCIONAL DA ILICITUDE DA PROVA	14
4	DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA	16
4.1	Entendimentos a Respeito da Teoria da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas... 17	
4.2	Classificação De Provas Lícitas E Ilícitas.....	19
4.3	Provas Ilícitas Por Derivação.....	20
4.4	Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.....	22
5	PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO	25
6	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	29
6.1	Panorama Histórico.....	29
6.2	Evolução Histórica no Brasil.....	31
6.3	Elementos do Princípio da Proporcionalidade.....	32
6.3.1	Princípio da adequação.....	32
6.3.2	Princípio da necessidade.....	33
6.3.3	Princípio da proporcionalidade em sentido estrito.....	34
6.4	Princípio da Proporcionalidade do Direito Brasileiro.....	35
7	CASOS JURISPRUDENCIAS	37
8	CONCLUSÃO	40
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como tema uma matéria de notável divergência, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência brasileira. O assunto provas ilícitas é muito recorrente e dele pode se extrair muitas opiniões e pensamentos, pois se revela não se tratar de tema pacificado no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal, promulgada em 1988, consagrou muitos direitos fundamentais e estabeleceu princípios a serem seguidos. De uma maneira resumida, foram estabelecidos o direito à vida, à liberdade, à privacidade, à intimidade, ao devido processo legal, além de, inclusive, estabelecer-se um rol de garantias e direitos fundamentais pelo qual se proíbe expressamente o uso de provas ilícitas no curso do processo penal. É o que prescreve seu art. 5º, inciso LVI. Este trabalho, portanto, prestou-se a analisar a referida garantia constitucional e seus limites.

Vale ressaltar que, com o advento da Lei nº 11.690/08, criada em 09 de junho de 2008, passou a existir também norma processual sobre o tema. Desta forma, passou-se a vedar a utilização da prova ilícita, conforme dispõe o *caput* do novo art. 157, do Código de Processo Penal.

A escolha do tema se justifica pela prova consistir no elemento que demonstra os fatos ao juiz, fazendo com que o magistrado forme seu entendimento e julgue com justiça. Ademais, o nosso sistema vela pelo princípio do *in dubio pro reo*, de modo que, quando sobrevier uma dúvida, o réu deverá ser beneficiado. Deste modo, não pode ser proferida condenação em caso de dúvida, mas somente no caso de estar comprovada a prática da conduta criminosa pelo réu.

Para dissertar sobre o tema foi utilizado o método dedutivo, o qual consiste em análise de pesquisas em artigos jurídicos, referências bibliográficas e jurisprudência.

Inicialmente, foram tratados os aspectos históricos da prova ilícita, onde se buscou trazer base histórica suficiente para entender o seu desenvolvimento até os dias atuais. Em seguida, passou-se a analisar o contexto constitucional que diz respeito à prova ilícita. Seguindo o estudo, abordou-se a inadmissibilidade da prova ilícita, inclusive, com entendimentos a respeito da teoria que versa sobre a vedação feita pelo legislador. Foram abordadas as classificações de provas lícitas e ilícitas, bem como as das provas ilícitas por derivação e da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Discorreu-se, também, sobre o princípio da proporcionalidade, tema de suma importância para o Estado Democrático de Direito, o qual autoriza, em alguns casos, a utilização da prova ilícita, desde que seja esta a única prova hábil para absolver o réu inocente. Nesse caso há um sopesamento de valores com a finalidade de aplicação da justiça.

Por fim, foi necessária uma apresentação de casos concretos que revelam que a jurisprudência brasileira encampa o ponto de vista sustentado.

2 ANÁLISE HISTÓRICA DA PROVA ILÍCITA NO BRASIL

Antes de iniciarmos a análise da prova ilícita no Brasil, faz-se necessário um estudo preliminar dos ideais iluministas, que, diga-se de passagem, influenciaram muito na formação do sistema probatório do nosso ordenamento jurídico. Desta forma, passaremos brevemente por esse contexto histórico, para que, assim, possamos entender o nosso ponto inicial.

2.1 Os Ideais Iluministas

Com o surgimento dos pensadores liberais e dos atos contra a escravidão, o sistema de provas penais comportou algumas mudanças muito significativas, as quais implicaram em profundas alterações sócio-políticas.

Os movimentos da época criticavam o aparato repressivo das monarquias absolutistas, em cuja violência se acumulava pela inabilidade de reter o aumento da criminalidade. Tudo isso era resultado do processo de crescimento das cidades gerado pelo fenômeno da Revolução Industrial, a qual foi responsável por ocasionar um pilar de ideologias mais voltado ao caráter iluminista, que inclusive, cooperou para fundamentar os ideais da Revolução Burguesa do século XVIII.

É claro que no campo do processo penal, notoriamente, a reprovação ao sistema inquisitório aconteceu, e, conseqüentemente, foram propostas reformas inspiradas no júri popular inglês, as quais seguiriam pela lógica de um processo público, oral e com atuação de defesa, único e com a presunção de inocência.

O sistema inquisitivo foi bastante rebatido por grandes pensadores da época, sendo que o movimento contra esse sistema tinha à frente nomes como Montesquieu, que condenava as práticas de tortura, bem como Voltaire, que também repelia as leis vigentes que obrigavam o juiz a se dirigir ao acusado como um inimigo.

Passou-se a questionar o valor obtido através da confissão, haja vista que seu conteúdo devia ser comparado e ponderado ante o conjunto probatório apresentado. Sendo assim, o pensador iluminista passava a notar que não era a constatação do acusado que importava, mas sim a reunião das provas que foram colhidas, possibilitando-se a demonstração de que a lei fora transgredida.

Nesse sentido, Beccaria (1958, p. 160) se manifestou de maneira a influenciar o pensamento a respeito do tema:

§ VII - As provas de um delito podem distinguir-se em provas perfeitas e provas imperfeitas. As provas perfeitas são as que demonstram positivamente que é impossível que o acusado seja inocente. As provas são imperfeitas quando não excluem a possibilidade da inocência do acusado.

§ XII – Direi ainda que é monstruoso e absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo e procurar fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se essa verdade residisse nos músculos e nas fibras do infeliz.

A partir daí, o sistema tarifário de valoração da prova e a tortura como meio de se obter material probatório começaram a ser abolidos gradativamente.

No entanto, observava-se que a rejeição do sistema das provas legais e a criação do princípio da livre convicção demonstrava uma incerteza no âmbito da doutrina iluminista, pois simultaneamente se exigia uma estrita lealdade no sentido da aplicação das penas aos delitos. Desta forma, o sistema deveria substituir um juiz livre na aplicação das penas, por um juiz que se pautasse pela forma limitada na valoração das provas. À época, o juiz era desvinculado das normas probatórias, submetendo-se a prescrições legais relacionadas à definição dos crimes e respectivas sanções.

Prosseguindo no panorama histórico, a tortura foi legalmente abolida na Itália em 1730, fato que serviu de modelo para outros países europeus, como Suécia, França, Bélgica e Suíça, que também passaram a vedar esse mecanismo nos anos seguintes.

Um registro importantíssimo que deve ser salientado foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, decorrente da Revolução Francesa que, em seu art. 9º, instituiu o preceito do estado de inocência. Podemos afirmar que esse instituto deposita no ordenamento jurídico direitos fundamentais, pregando a necessidade de se provar efetivamente a prática de um crime, para que alguém seja responsabilizado.

Desde então, tem se exigido que a decisão proferida do julgador seja devidamente motivada, devendo ser explicitadas as razões que convenceram o julgador a formar seu entendimento daquela forma.

Houve uma organização do processo penal, baseada na reunião dos antigos forais dos direitos romano e canônico, inclusive dos usos e costumes, apareceram as Ordenações Filipinas, que consideravam as confissões como meio de prova. Acrescenta-se que eram usados instrumentos, testemunhas e algumas perguntas realizadas pelo juiz ao acusado a fim de obrigá-lo, através da tortura, a dizer aquilo que seria verdade.

Toda a instrução processual nesse período era baseada na confissão do réu. Ora, esse meio era extraído de qualquer forma, fosse por bem ou por mal. Segundo demonstram os estudos, acontecia um processo para conseguir aquilo que se almejava. Tudo começava com perguntas sorrateiras, ciladas, tudo para que o interrogado se cansasse e entregasse a verdade. Caso não o fizesse, utilizavam de métodos mais abruptos, como ameaças e tormentos.

Por fim, sabe-se que o sistema da livre convicção sofreu algumas restrições, com o viés garantidor. Salienta-se que alguns Estados europeus resistiram a estas mudanças consideradas radicais.

2.2 Reflexos Provenientes do Iluminismo no Brasil

Os reflexos de tais pensamentos iluministas incidiram diretamente no Brasil, desde o seu descobrimento, por meio das Ordenações Portuguesas. Um fator importantíssimo à época foi a Revolução Francesa, que certamente influenciou as terras colonizadas pelos portugueses, propagando-se as ideias humanitárias da justiça penal.

O príncipe D. Pedro expediu decreto concedendo direito de defesa ao réu para o fim de garantir ao advogado o direito de intervir em alguns atos instrutórios e de tomar ciência do interrogatório do acusado, salvo nos casos de urgência absoluta. Nesse período, foi decretado que os juízes observassem a Constituição de Portugal de 1821. Foi assim que várias garantias ficaram instituídas para os acusados. Importante salientar que houve a abolição das penas vexatórias e de tortura nessa época.

Após a Proclamação da República, aquelas ideias liberais que existiam na Europa começaram a se consolidar no território brasileiro. Com a Carta Magna de 1824, constituiu-se o art. 179 que estabelecia os direitos civis e políticos aos cidadãos brasileiros, estabelecendo-se direitos e garantias no campo do processo penal. A partir daí, iniciou-se um período de oposição às opressoras leis portuguesas, originando-se o Código de Processo Criminal em 1832.

O momento complexo e tormentoso de que tratamos durou até o ano de 1841, sendo este marcado pela formação das nossas instituições penais. Inclusive, constata-se que a partir da Constituição Imperial de 1824 e, apenas a partir da proclamação da República, foi que as futuras Constituições passaram a versar sobre

os direitos fundamentais nas cláusulas do direito de defesa na área criminal. É nesse momento que surge o direito à prova.

E assim passaram a serem assegurados nos textos das Constituições o direito à defesa; desde 1891 até a presente Carta Magna que conhecemos hoje.

Hoje há como ferramenta do julgador o princípio do livre convencimento, presente no art. 157, deve ser acompanhado da indicação dos motivos que levaram o julgador a concluir daquela forma, explicando os motivos ensejadores, inclusive se baseando nas provas colhidas no curso do processo.

O livre convencimento aduz que o juiz tem a liberdade de apreciar o processo como um todo e também de analisar de maneira minuciosa as provas que foram trazidas ao processo. Essas provas colhidas durante a instrução conduzirão o julgador a uma conclusão do caso. No entanto, a sua autonomia poderá certificar de maneira exata se no curso da produção das provas foram violadas essas normas contidas na constituição, referente à validade da prova e que, diga-se de passagem, constituem conquista importantíssima no nosso ordenamento jurídico.

3 CONTEXTO CONSTITUCIONAL DA ILICITUDE DA PROVA

Primeiramente, trataremos do conceito de ilícito que advém do latim (*illicitus = il + licitus*). Nesse âmbito, existem dois sentidos. Podemos estar diante de um significado restrito, ou seja, o proibido por lei, ou ainda, estarmos diante de um prisma amplo, tendo o sentido de ser o contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais do direito.

Constitucionalmente falando, devemos partir da premissa desse sentido mais amplo do ilícito, valendo-se da prova ilegal e ilegítima. Importante dizer que aqui podem ser analisadas duas outras óticas, as quais versarão sobre o que é materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova é vedada por lei).

Quanto a essa análise, devemos fazer algumas observações referentes ao último item (formalmente ilícito), o qual é definido pela doutrina como o ilegítimo. Defendem esse entendimento os constitucionalistas Luiz Alberto David Araújo e Vidal Nunes Serrano Júnior.

Por outro lado, o constitucionalista e ministro do Supremo Tribunal, Federal Alexandre de Moraes (2006, p. 95), faz menção em uma pontual distinção capaz de formar um conceito do que realmente são provas ilícitas e ilegítimas:

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com o desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam um gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois se configuram pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

Conforme explica Luiz Francisco Torquato Avólio (2003, p. 42), existe também a corrente que defende a ideia de haver o gênero denominado de provas vedadas, por meio do qual brotam as espécies ilícitas (ofensivas as normas ou princípios de direito material – constitucional ou penal) e as ilegítimas (aquelas que são ofensivas às demais normas).

A construção da ideia de que o gênero é a ilicitude tem sido a mais sustentada e se fundamenta no termo usado pela Constituição Federal, significando aquilo que é contrário ao ordenamento jurídico, contrário ao Direito de um modo geral, envolvendo tanto o ilegal, quanto o ilegítimo. Ou seja, estamos diante da infringência

às normas legalmente produzidas, de direito material e processual, aos princípios gerais do direito, aos bons costumes e à moral.

Consideramos, então, que a prova ilícita é um gênero do qual são espécies:

a) **Ilegal:** aquela que é produzida com infração às normas penais, constituídas, algumas vezes, por autênticos crimes. Exemplo: uso de tortura com finalidade de obter uma confissão;

b) **Ilegítima:** aquela que ofende os preceitos gerais de processo. Por exemplo: busca-se produzir a materialidade de um crime exclusivamente pela confissão do indiciado. Salienta-se que a Constituição Federal veda a admissão no processo dessas provas colhidas por meios ilícitos, conforme o art. 5º, LVI. Sendo assim, podemos concluir que não podem adentrar no processo aquelas provas que foram trazidas ao processo e que são classificadas como ilegais e ilegítimas.

A partir da nova redação dada ao art. 157, *caput*, do CPP, apresenta-se a presente noção mais abrangente de provas ilícitas, daqueles que foram alcançadas ao arrepio das normas constitucionais ou legais. Deste modo, infringir uma norma constitucional ou qualquer lei infraconstitucional (aquela que se relaciona com direito material ou processual), torna a prova ilícita, pois não fez o referido art. 157 do CPP nenhuma distinção. Então, podemos concluir que este é gênero e não espécie, absorvendo o entendimento no sentido das provas que não foram produzidas à luz da lei processual penal também devem ser consideradas ilícitas.

4 DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

No processo penal brasileiro, a prova desempenha uma função indispensável para que o juiz forme seu convencimento e profira uma sentença. Tendo a ótica de que o juiz não estava presente na infração, é por meio das provas trazidas ao processo que o magistrado conhece os fatos e concede o melhor julgamento no caso concreto.

Devemos ponderar que no sistema processual penal existe um limite a ser observado quanto ao tema. A justificativa para tanto é que não é possível ingressar no processo qualquer meio de prova, afinal, existem os meios lícitos e ilícitos. Trata-se de uma garantia constitucional elencada como cláusula pétrea, fixada no artigo 5º, da Constituição e ainda encontra amparo no artigo 157, do Código de Processo Penal.

De acordo com o princípio da inadmissibilidade da prova que foi obtida de maneira ilícita, restringe-se um outro princípio, o da liberdade probatória, que garante amplos poderes ao juiz quando averigua os fatos em busca da verdade real. Desta forma, garante-se às partes um ambiente maior de possibilidades na produção de provas. No entanto, esta investigação não deve ferir direitos e garantias previstas na Carta Magna, sendo notório que existem limites fixados na lei para que haja um processo ético, a fim de evitar abusos.

Nesse sentido, Sérgio Ricardo Souza (2008, p. 301) explica:

A lógica da vedação é simples e procura mandar duas mensagens claras; a primeira aos órgãos encarregados da produção de provas, qual seja: “não adianta utilizar-se de meios escusos para alcançar a qualquer custo uma pseudo-verdade processual, pois seus ilícitos esforços serão em vão”; a segunda deve ressoar em toda a sociedade a ideia de que “na relação Estado-indivíduo não pode vigorar na máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios, mas sim, deve vigorar a ética do devido processo legal”.

Assim, com rigor absoluto, são vedadas, por exemplo, as confissões ou depoimentos onde existiu coação ou violência, buscas e apreensões sem a devida observância da lei, as gravações de conversas, captação de cenas fotográficas ou cinematográficas das pessoas em sua intimidade. Esses são apenas alguns exemplos que podemos citar ou imaginar.

Esse rol de exemplos citados, fere de alguma forma os preceitos da Constituição, seja na intimidade do indivíduo (art. 5º, X), no sigilo de correspondência, na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), na vedação à tortura ou tratamento

desumano ou degradante (art. 5º, III), à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), ou na observância do devido processo legal (Art. 5º, LIV e LV).

Em consonância a este entendimento, a professora Ada Pellegrini Grinover (1996, p. 29) diz:

A posição mais sensível às garantias da pessoa humana e, conseqüentemente, mais intransigentes com os princípios e normas constitucionais, é a que professa a transmissão da ilicitude da obtenção da prova às provas derivadas, que são, assim igualmente banidas do processo.

Essas provas ilícitas, como também aquelas que foram derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, ao passo de serem desentranhadas do processo. Salienta-se que, este conteúdo não tem capacidade de anular o processo. Ou seja, o processo continua seu percurso natural, com aquelas provas válidas autônomas.

4.1 Entendimentos a Respeito da Teoria da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas

Há vários entendimentos sedimentados na doutrina brasileira a respeito da inadmissibilidade da prova ilícita no processo.

São alguns deles:

Camargo Aranha (1996, p. 49) aduz que:

O direito é um todo unitário, formando um universo, e não composto por compartimentos estanques, por áreas separadas e irreduzíveis. Ora, se a prova é ilícita, afronta ao direito em seu universo, não sendo admissível no processo, ainda que não seja instrumental a norma violada. Não se pode admitir que o mesmo fato seja objeto de julgamentos diferentes: condenado e prestigiado, apenas porque dividiu-se o direito em ramos autônomos. O ilícito, desde que reconhecido, contamina todo o direito e não somente partes separadas.

Paulo Rangel (2008, p. 430) esclarece que:

No Estado Democrático de direito, os fins não justificam os meios. Não há como se garantir a dignidade da pessoa humana admitindo uma prova obtida com violação às normas legais em vigor. Do contrário, estaríamos em um Estado opressor, totalitário e não Democrático de Direito (cf. art. 1º da CRFB).

Em acordo com essa teoria, a jurisprudência:

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 MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO 'CASA', PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE 'CASA' PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE 'CASA' - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL.

[...]

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. 5º, 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' [...].(STF - RHC: 90376 RJ, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 03/04/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147).

De acordo com o que foi exposto, pode-se notar que existem vários fundamentos para não se admitir a utilização das provas ilícitas no processo penal. A universalização do direito não admite a retirada de uma parte para analisá-la em separado; sabe-se que os fins não justificam os meios, sendo uma provocação ao Estado Democrático de Direito a utilização de provas ilícitas; a norma definida na Carta Magna deve ser usada como absoluta, sem exceções.

Todavia, o Estado não pode aceitar de maneira desregrada que um princípio constitucional seja violado, e muito menos que haja infração para constatação na investigação de outra. É certo que devem existir limites para que os objetivos da constituição sejam atingidos.

Para a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas, a utilização destas no processo constitui regramento vedado, de eficácia plena, protegendo a população dos abusos que o Estado pode causar. Além disso, figura como regra restritiva de outros princípios, tais como a liberdade de prova, a ampla defesa e a busca da verdade real.

Pode-se afirmar que essa teoria tem sido muito utilizada, de modo que têm surgido muitos adeptos. Porém, cada vez mais, esse entendimento vem sendo reduzido por outro movimento que busca consertar possíveis distorções, fazendo com que as forças do afastamento das provas ilícitas permitam chegar em alguns casos mais graves. Aqui, adentraremos na esfera da admissão das provas ilícitas, no entanto usando como base o princípio da proporcionalidade. Diante de determinadas situações concretas de colisão de princípios fundamentais, possibilita-se a análise de qual princípio é o mais importante, havendo um sopesamento de valores, determinando que este seja respeitado em detrimento do outro de menor importância.

4.2 Classificação de Provas Lícitas e Ilícitas

A inadmissibilidade quanto às provas obtidas por meios ilícitos deve ser interpretada à luz da regra presente no artigo 5º da Constituição Federal. Com a leitura do texto constitucional, nota-se a criação de uma classificação, ou ainda melhor, uma categoria quanto às provas descritas como vedadas ou proibidas. Essa classe de provas denominadas vedadas ou proibidas, é descrita como aquelas provas alcançadas por meios ilícitos. Essas provas vedadas são divididas em duas espécies, as provas ilícitas e provas ilegítimas.

As provas ilícitas são aquelas produzidas mediante a prática de um crime. Portanto são as produzidas com a violação de regras de direito material.

Exemplo disso seria uma prova obtida mediante a prática de um crime de tortura. Entende-se que a prova obtida pelo crime de tortura (trazido pela lei nº 9455/97) é uma prova ilícita por provocar afronta a uma norma do direito penal. No mesmo sentido está a prova que foi alcançada mediante a violação de domicílio, crime

contido no artigo 150 do Código Penal, bem como a busca e apreensão domiciliar sem autorização judicial. Essa prova não será admitida, sendo catalogada como aquelas produzidas mediante a prática de um crime.

Por fim, pode haver provas ilícitas com afronta direta à Constituição, ou seja, provas que não caracterizam um crime propriamente dito, que não chegam a violar normas de direito penal, mas que afrontam os princípios constitucionais. A interceptação de meios de comunicação é um exemplo.

Observa-se o mesmo em uma gravação ambiental, quando um sujeito conversa com outro enquanto se faz uma gravação dessa conversa. A realização desta gravação poderá ser classificada como uma prova ilícita, caso haja afronta muito grave à intimidade, ou seja, caso ela venha a submeter a outra parte a um vexame insuportável. Nesse caso dado como exemplo, o legitimado para submeter a análise é a autoridade judiciária, que estará sopesando os valores contratantes de acordo com o princípio da proporcionalidade. À luz desse princípio, o juiz fará o uso do bom senso para verificar se o sacrifício a uma garantia fundamental justifica o proveito social que será produzido.

Vejamos agora as provas ilegítimas, segunda espécie classificada dentro das provas vedadas ou proibidas. As provas ilegítimas são assim chamadas por violarem normas de direito adjetivo, ou seja, normas de direito processual. Exemplo disso é o que acontece no tribunal do júri, artigo 479, *caput*, do Código de Processo Penal.

O Código de Processo Penal, no seu art. 157, diz respeito sobre a inadmissibilidade de provas ilícitas. Percebe-se que nesse caso, o legislador ignorou a doutrina, de tal modo que as provas ilegítimas não foram elencadas. Desta maneira, o legislador acabou com uma terminologia que era bastante usada e de grande valor gradativo. Portanto, para compensar esse déficit, o legislativo fixou a existência de prova ilícita em sentido amplo, a qual se subdivide em ilícitas no sentido estrito e em provas ilegítimas. Observe-se que o CPP não faz menção quanto a sua distinção.

4.3 Provas Ilícitas Por Derivação

Conceitua-se como aquelas que foram obtidas de alguma forma lícita, mas que sobre si sobrevieram provas ilícitas. Estamos diante de uma hipótese em que, mediante a prova obtida ilicitamente, é possível se chegar a informações ou até

mesmo elementos que, sem eles, seriam classificados como lícitos. Como exemplo disso, imaginemos uma confissão baseada em tortura em que o produto do crime foi localizado mediante informação obtida pelo acusado.

Essa situação concedia brecha para diversas discussões sobre a admissibilidade das provas derivadas das ilícitas. De um lado, dizia-se que havia inadmissibilidade da prova derivada e de outro que havia admissibilidade da prova derivada, já que sua origem era lícita.

No entanto, a posição majoritária hoje é que as provas derivadas das ilícitas não podem ser admitidas no processo, aplicando-se a vedação das provas obtidas por meio ilícitos e não o princípio da verdade real.

Luiz Francisco Torquato Avólio (2003, p. 71), aponta pela não utilização das provas ilícitas por derivação:

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.

Ricardo Raboneze, (1998, p.37-38) ensina que:

Inobstante, a questão da admissibilidade das provas ilícitas por derivação apresenta-se, como se depreende pelas profundas dissidências originárias das fundamentações dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, como uma das mais intrincadas dentro do sistema constitucional e processual prático.

Se, de um lado, admitiu a nossa Suprema Corte Constitucional a inadmissibilidade da produção das provas ilícitas no processo, quer seja ele de natureza penal ou civil, abre-se, no entender de alguns, a possibilidade de utilização de suas consequências, ou seja, na busca da verdade, da verossimilhança ou do simples convencimento do magistrado, a não-contaminação da matéria probatória restante, passível de embasar decreto de procedência do pedido, *in casu*, de condenação criminal.

De outro passo, não nos parece este entendimento como sendo aquele que, à luz do sistema constitucional vigente, seria a melhor solução. A aceitação das provas ilícitas derivadas importaria, levada às últimas consequências, na cassação da eficácia do ar. 5º, LVI, da Constituição Federal.

Em linhas gerais, pode-se dizer que, nos dias de hoje, chegou-se ao convencimento de que a prova ilícita deve ser extirpada do processo, por mais relevância que tenha, principalmente diante dos modernos princípios de direito constitucional, entre os quais o direito à intimidade.

Assim sendo, as provas ilícitas por derivação, concernente às hipóteses em que a prova foi obtida de forma ilícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito, como no caso concreto apontado, encontra raiz no que foi denominado pela suprema corte norte-americana como *fruits of the poisonous tree*, segundo a qual *o defeito da árvore se transmite aos seus frutos*.

Vale dizer que o nosso Supremo Tribunal Federal sempre raciocinou por esse sentido de que a prova ilícita por derivação é também inadmissível. Para comprovar essa afirmação, podemos citar esses julgados HC 74.116 SP, rel. Min. Maurício Corrêa; RTJ 122/47 e HC 69.912-0-RS, Sepúlveda Pertence, DJU de 25/03/1994; STF, HC 75.007-9, Marco Aurélio, DJU de 08/09/2000, P. 5.

Com a chegada da Lei 11.690/2008, ficou estampada a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, observando-se a duas exceções: quando não houver o nexo de causalidade entre a prova precedente e a posterior, ou ainda quando a prova for obtida de forma independente da primeira. Deste modo, tudo dependerá do vínculo, do nexo de causalidade se a prova foi alcançada de forma totalmente independente da primeira (ilícita). Portanto, não há que se falar em contaminação, tudo decorrerá do nexo, vínculo entre a prova ilícita e a posterior.

4.4 Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

Foi inicialmente desenvolvida pelos norte-americanos. A luz dessa teoria (*Fruit of the Poisonous Tree*) alega que uma prova obtida por meio ilícito converterá em ilícita todas as outras provas que dela resultem direta ou indiretamente, assim, a mácula contaminadora de determinada prova se transmitirá às demais que foram alcançadas.

Conforme aduz Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarence Fernandes (2001, p. 137):

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 transite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo.

Contextualizando essa teoria, o vício contido na árvore será esperado em todos os seus frutos.

Luiz Francisco Torquato Avólio (2003, p. 70), indica pela não aplicação das provas ilícitas por derivação:

[...] a sua utilização poderia servir de expediente para contornar a vedação probatória: as partes poderiam sentir-se estimuladas a recorrer a expedientes ilícitos com o objetivo de servirem-se de elementos de prova até então inatingíveis pelas vias legais. Figura-se, por exemplo, o próprio policial encorajado a torturar o acusado, na certeza de que os fatos extraídos de uma

confissão extorquida, e, portanto, ilícita, propiciaram a colheita de novas provas, que poderiam ser introduzidas de modo (formalmente) lícito no processo.

Ao longo dos anos, a doutrina e a jurisprudência, ainda não conseguiram pacificar o entendimento sobre a possibilidade de admissibilidade ou não das provas derivadas das ilícitas.

O Supremo Tribunal Federal, inicialmente, refutou a teoria dos frutos da árvore envenenada, de maneira que se admitia as provas ilícitas por derivação no caso concreto (HC n. 69.6912-0 RS, DJU 26/11/1993). Nesta perspectiva, o Min. Sepúlveda Pertence, explanando pela inadmissibilidade dessas provas, demonstrou em seu voto, que no final foi quebrado, que essa teoria é a única capaz de fazer valer a inadmissibilidade das provas ilícitas prevista da Constituição Federal, pois de nada serviria vedar a própria prova ilícita e admitir que as informações dela alcançada pudessem ser aproveitadas. No entanto, em sentido inverso, a tese que o superou argumentou que não poderiam ser desprezadas todas as demais provas, tornando-se mais aconselhável a adoção dessas provas, de forma a não se garantir a impunidade de organizações criminosas.

Nada obstante, em seguida, foi realizada uma nova sessão, havendo uma segunda votação. Salienta-se que o Ministro que havia votado anteriormente estava impossibilitado. Então o Supremo Tribunal Federal acolheu a teoria dos frutos da árvore envenenada, anulando-se o processo a partir da prisão em flagrante. (DJU 25/03/1994).

No que tange ao tema, (HC n. 72/588/PB, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJU 04/08/2000), esse julgado teve margem de apenas um voto, a posição foi pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação. Nesse caso, utilizou-se como fundamento a teoria da árvore dos frutos envenenados:

As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. Hábeas corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5 (STF, HC n. 72/588/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 04/08/2000).

Inclusive, existe interpretação do Superior Tribunal de Justiça que rejeitou a teoria dos frutos da árvore envenenada. Vejamos o caso do recurso de Habeas Corpus n. 7.363/RJ:

QUADRILHA OU BANDO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PROVA ILÍCITA. PRISÃO PREVENTIVA. FUGA. PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE QUADRILHA, BASTA EXIGIR O PROPÓSITO DE ASSOCIAÇÃO, DO AGENTE AO GRUPO CRIADO COM A FINALIDADE DA PRÁTICA DE CRIMES, SENDO DESNECESSÁRIO ATRIBUIR-LHE AÇÕES CONCRETAS. LOGO, NÃO É INEPTA DENÚNCIA NESES TERMOS. CARTA ANÔNIMA, SEQUER REFERIDA NA DENÚNCIA E QUE, QUANDO MUITO, PROPICIOU INVESTIGAÇÕES POR PARTE DO ORGANISMO POLICIAL, NÃO SE PODE REPUTAR DE ILÍCITA. É CERTO QUE, ISOLADAMENTE, NÃO TERÁ QUALQUER VALOR, MAS TAMBÉM NÃO SE PODE TÊ-LA COMO PREJUDICIAL A TODAS AS OUTRAS VALIDAMENTE OBTIDAS. O PRINCÍPIO DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA FOI DEVIDAMENTE ABRANDADO NA SUPREMA CORTE (HC NO 74.599-7, MIN. ILMAR GALVÃO). PRISÃO PREVENTIVA QUE SE JUSTIFICA EM RELAÇÃO A UMA DAS PACIENTES QUE EMPREENDEU FUGA DO DISTRITO DA CULPA, NÃO OCORRENDO O MESMO COM RELAÇÃO A OUTRA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA A ORDEM. (STJ, HC n. 7.363/RJ, 6a Turma, Rel. Min. Anselmo SANTIAGO, DJU 15/06/1998).

À vista disso, observamos que se processou muita controvérsia quanto à admissibilidade ou não das provas ilícitas por derivação ao passar dos tempos, certo que a Carta Magna veda as provas obtidas por meio ilícitos, não enquadrando as provas derivadas das ilícitas. Mas, com a publicação da Lei 11.690/2008, foi alterado o §1º do artigo 157, do CPP, existindo, hoje, previsão expressa da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação. Dessa forma passou a ser aceito o posicionamento do Supremo Tribunal Federal de prova consequentemente alcançada de uma outra por meios ilícitos, executando-se a doutrina dos frutos da árvore envenenada.

5 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

No último capítulo, vimos de maneira sumária quanto a provas ilícitas por derivação. Agora, nesse capítulo, trataremos desse assunto de maneira exauriente, trazendo todos os detalhes do referido tema.

Para iniciarmos o estudo, teremos que conhecer o seu conceito. São aquelas provas que foram trazidas para dentro do processo de forma lícita, mas que provêm de uma outra prova anterior colhida de maneira ilícita. Sintetizando, seria a hipótese em que a partir de uma prova considerada ilícita, chegar-se-ia a dados, elementos ou até informações, que, se fossem analisados à parte, seriam consideradas lícitas.

É nesse sentido que Leandro Cadenas Prado (2009, p. 14) ensina a respeito das provas ilícitas por derivação, assinalando que: “trata-se de prova lícita em si mesma, mas cuja produção decorreu, ou derivou de outra prova, tida como ilícita”.

É o que se denomina de “frutos da árvore envenenada”, ou, ainda, o efeito conhecido por alguns doutrinadores como “efeito à distância”. Salienta-se que esse nome vem de preceito bíblico, na qual “árvore envenenada não pode dar bons frutos”.

A Constituição proíbe a prova que foi alcançada por meios ilícitos, uma vez que a prova subsidiária servirá para condenar o réu, ignorando-se a sua origem em prova imprestável.

No entanto, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada tem muito prestígio no âmbito do direito Norte-Americano. Essa teoria foi uma maneira encontrada pela justiça americana de abolir os abusos cometidos por policiais, tornando os atos inúteis e ineficazes quando produzidos através de outras ilícitas (inclusive as de caráter secundário). O entendimento que a Suprema Corte Americana realizou foi no sentido de que o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 533) nos ensina que:

Na verdade, ao lado das provas ilícitas, temos a doutrina do *fruit of the poisonous tree*, ou simplesmente *fruit doctrine*, “frutos da árvore envenenada”, adotada nos Estados Unidos desde 1914 para os Tribunais Federais, e nos Estados, por imperativo constitucional desde 1961, *United States*, 251 US 385 (1920), quando a corte decidiu que o Estado não podia intimar uma pessoa a entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal. Nisso consiste a doutrina do *fruto da árvore envenenada*. Aliás, a Suprema Corte já vinha sufragando a tese de inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou da doutrina

denominada *fruit of the poisonous tree*. No *Habeas Corpus* n. 69.912/RS, Ministro Sepúlveda Pertence, como relator, observou: 'Vedar que se possa trazer ao processo a própria gravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nelas contidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações não colheria, evidentemente, é estimular, e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina e conversas privadas... E finalizando: ou se leva às últimas consequências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida' (*informativo STF* n. 36, de 21-06-1996).

Nesse mesmo sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal sobre prova ilícita por derivação no HC 93050/RJ:

[..] A QUESTÃO DA DOUTRINA 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 constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, 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. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

Desse modo, podemos notar o tratamento que essa teoria causa quando existe uma prova lícita e esta foi obtida através de uma outra prova ilícita. Nesse caso, a ilicitude dessa passa a outra. Como, por exemplo, no caso em que uma escuta telefônica sem autorização (prova ilícita) obtém informação do lugar onde em que se

encontra certo montante de entorpecentes, o qual, a seguir, é apreendido pela autoridade competente, inclusive, com todas as informações legais (prova lícita). Nota-se que essa apreensão é ilícita por derivação.

Com a mudança na redação do art. 157, § 1º, do CPP, existe a previsão dessa modalidade de prova ilícita, e também a sua proibição no ordenamento jurídico:

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

Conforme a proibição manifesta no código referente à utilização das provas ilícitas por derivação, devem ser citadas duas exceções trazidas pelo CPP. A primeira exceção será quando não houver o nexó de causalidade entre a prova ilícita e a lícita. Já a segunda exceção aduz a hipótese quando a prova (derivada) puder ser obtida por outra maneira ou por uma fonte independente da primeira. E a partir daqui, trataremos da fonte independente, especificamente.

O conceito de fonte independente está expresso no art. 157, § 2º do CPP, “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”.

Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 362) conceitua a fonte independente da seguinte maneira:

É tratada como critério da prova separada. Estabelece que a prova produzida por base em fator dissociado da ilicitude da prova anteriormente auferida deve ser validada. O importante em relação à prova advinda de fonte independente é a consideração de que, mesmo conectada, de algum modo, à prova ilícita, ela poderia ter sido conseguida de qualquer modo, fundada em ilícitas.

Caso não fique demonstrado que a prova ilícita derivou de uma outra prova que foi colhida ilicitamente (que possua nexó de causalidade com a primeira) não há que se falar em derivação ou contaminação. Sendo assim, na hipótese de uma prova lícita ser colhida através de uma outra ilícita, mas que ela poderia ter sido encontrada por outra maneira legal, também não se fala em prova ilícita por derivação, pois, a prova poderia ser produzida de forma independente da prova ilícita.

Por fim, esgotado o assunto a respeito de provas por derivação no processo penal e de fonte independente, passa-se ao próximo capítulo, que tratará de maneira específica do princípio da proporcionalidade.

6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Nesse capítulo, trataremos especificamente de um princípio que tem sido muito estudado quando o assunto é prova ilícita. Para questões introdutórias, o princípio da proporcionalidade é tratado como princípio contido no âmbito da razoabilidade, ou seja, sua aplicação no caso concreto permite que o indivíduo use a prova mesmo que ilícita para tutelar um bem jurídico maior.

Tem por finalidade equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade. Nesse sentido, podemos construir uma ideia de que esse princípio permite que o cidadão fique seguro dos excessos do Estado, servindo como um escudo dos direitos e liberdades constitucionais.

Assim, esse princípio mitiga a vedação constitucional de inadmissibilidade das provas ilícitas, uma vez que nenhum preceito é absoluto. Sabendo o seu conceito e tendo uma base desse instituto, é possível avançarmos e buscarmos entender melhor o tema, partindo dos seus fundamentos e aspectos históricos.

6.1 Panorama Histórico

Inicialmente, podemos dizer que o princípio da proporcionalidade não possui um conceito estabelecido de maneira uniforme. Dessa forma, é mais que evidente que haja muitas interpretações a respeito. Inclusive, destacamos que algumas dessas interpretações trazem como sinônimos o princípio da razoabilidade ou princípio do devido processo legal.

Para continuarmos nosso estudo, devemos regressar ao tempo e fazer uma análise mesmo que breve para tentarmos de forma clara conseguir estabelecer um conceito desse princípio.

Aristóteles, (1997, p. 20-21) afirmava que a “[...] justiça realiza um certo tipo de proporção [...] proporção é uma “igualdade” de razões, ou a relação entre grandezas da mesma espécie [...]”. Através dessa afirmativa, partimos da premissa de que se usarmos a proporcionalidade, estaremos sendo justos e, por outro lado, a forma injusta era não adoção da teoria da proporção. Consigne-se que o filósofo não tratava a proporcionalidade como um princípio, mas sim como uma maneira de se alcançar a justiça.

A tempos mais contemporâneos, ainda no século XIX, mais precisamente em 1850, surge na França uma ideia de proporcionalidade. Basicamente, consistia na necessidade de coibir a torpeza dos agentes estatais. Nesse sentido, ensina Valeschka e Silva Braga (2009, p.95):

[...] a ideia inicial de proporcionalidade (não expressa) foi vinculada à de limitação administrativa e se desenvolveu através da jurisprudência do Conselho de Estado nos *recours pous excés de pouvoir*, onde a doutrina do *détournement de pouvoir* ou teoria do desvio de poder tomou folego, disseminando a ideia de que os atos administrativos poderiam ser controlados, nos casos de desvio de finalidade.

O princípio da proporcionalidade foi utilizado no direito francês no início como forma de limitar o poder administrativo. Posteriormente, a jurisprudência francesa foi caminhando no sentido da ponderação do custo-benefício, surgindo, a partir daí, uma manifestação concreta do princípio da proporcionalidade.

Estudiosos afirmam que o “berço” do princípio da proporcionalidade foi a Alemanha. Pode-se afirmar que foi lá que se começou a dar importância a sua natureza de princípio constitucional. O mesmo entendimento que surgiu antes na França, verificou-se na Alemanha. O princípio da proporcionalidade estava atrelado ao direito administrativo em ambos os países. Na Alemanha, especificamente, a proporcionalidade era aplicada no Poder de Polícia Administrativa, como afirma Leonardo de Araújo Ferraz (2009, p. 82):

Nessa esfera, exigia-se que a intervenção administrativa fosse proporcional à situação fática, na exata medida em que deveria circunscrever a limitação da liberdade individual ao estritamente necessário, em suma, deveria adotar medidas necessárias para alcançar determinado fim legítimo a ser perseguido pelo Estado.

Após a 2ª Guerra Mundial, o princípio da proporcionalidade teve oportunidade de mostrar seu real caráter constitucional, inclusive sendo aplicado no Tribunal Constitucional. Em um primeiro momento, a noção de proporcionalidade esteve indelevelmente conceituada como a proibição de excesso, cuja ideia era entendida como um mecanismo de controle dos poderes estatais excedidos.

Destarte, é possível concluir que o princípio da proporcionalidade teve sua gênese na Alemanha, sendo discutido além de seus antigos limites, chegando, inclusive, à matéria constitucional. Importante salientar que, sobre a matéria, foram

delimitados três subprincípios, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade (em sentido estrito).

Observe-se que esses subprincípios devem ser aplicados cumulativa e não alternativamente, ou seja, caso um deles esteja ausente, haverá impossibilidade da aplicação do princípio proporcionalidade, logo, o ato seria considerado desproporcional.

6.2 Evolução Histórica no Brasil

No ordenamento jurídico brasileiro, não se encontra de maneira expressa o princípio da proporcionalidade nas normas constitucionais. No entanto, existem entendimentos no sentido de que estão previstos de maneira implícita no texto constitucional vigente. Ainda dentro desse entendimento, afirmam que o tal princípio estudado se encontra transvestido como princípio da igualdade ou ainda como princípio do devido processo legal.

A doutrina levantou vários entendimentos a respeito do princípio da proporcionalidade.

Paulo Bonavides (2006, p. 434-436) aduz que:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade e o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

Pode-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que tolhe toda a limitação do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.

Sintetizando o que o autor disse, o princípio da proporcionalidade faz parte do Direito Constitucional Brasileiro, mesmo que não contido no texto constitucional, mas como princípio implícito que tem como fundamento o Estado de Direito e o princípio da igualdade. Essa regra se limita o poder do Estado com relação aos direitos fundamentais.

Surge outro entendimento importante, em que o princípio da proporcionalidade tem fundamento no princípio do devido processo legal. E foi isso que Raquel Denize Stumm afirma (1995, p. 173) *apud* Denilson Feitosa Pachego (2007, p.77) entendem:

A fundamentação do princípio da proporcionalidade, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucional expresso do devido processo legal. Importa aqui sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados. O núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser sempre resguardado de arbitrariedades, ou de excessos cometidos contra eles. Nesse sentido, tem o princípio da proporcionalidade, um papel importantíssimo para a racionalidade do Estado de Direito: a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Nesse contexto, o princípio do devido processo legal tem sua razão de existência no Estado de Direito e é procedimentalizado pelo princípio da proporcionalidade, que é um princípio jurídico material.

Desta forma, a doutrina brasileira, bem com a jurisprudência não chegam a uma unidade sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade. Porém, devemos salientar que todos vão no mesmo sentido: embora não se encontrem expressos na Carta Magna, estão de maneira implícita em seu texto.

6.3 Elementos do Princípio da Proporcionalidade

Nesse momento, trataremos dos elementos que compõem o princípio da proporcionalidade, quando analisamos em sentido amplo.

São conhecidos como princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Daqui em diante, serão estudados cada um deles isoladamente.

6.3.1 Princípio da adequação

A ideia principal que esse primeiro elemento aduz é que o meio utilizado deve ser idôneo à consecução do resultado útil do processo.

Existem entendimentos da doutrina sobre o assunto em que se discute a relevância desse elemento dentro do âmbito do princípio da proporcionalidade.

Destacamos alguns doutrinadores que tratam do assunto de maneira específica. Vejamos.

Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 188-189) afirma que:

O princípio da adequação tem como sinônimos: princípio da idoneidade, da pertinência, da validade ou da validade de fim, na qual descreve como: O meio empregado deve ser apropriado ao fim desejado.

Ainda, Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 149) diz que:

O juízo de adequação pressupõe que, conceitualmente, saiba-se o que significam meio e fim e que, empiricamente, identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental.

Assim, fica compreendido que a adequação dos meios pressupõe que qualquer medida deve ser idônea, apta para alcançar o fim pretendido.

6.3.2 Princípio da necessidade

De acordo com a doutrina, esse elemento pode ser chamado de princípio da necessidade ou da exigibilidade. Podemos definir esse princípio de maneira bem clara. Trata-se da forma de atingir a esfera do indivíduo da menor forma possível. Inclusive, é possível notarmos que o princípio da necessidade está inerente ao requisito da adequação, ou seja, temos que ter em mente um raciocínio que “apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado”. Foi justamente essa a linha de raciocínio de Gilmar Ferreira Mendes, citando Suzana de Toledo Barros (2000, p. 81).

Esse segundo elemento também é alvo de bastante discussão pelos doutrinadores.

Raquel Denize Stumm (1995, p. 79), afirma:

A opção feita pelo legislador ou executivo deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor custo-benefício de toda decisão político-jurídica a fim de preservar o máximo possível do direito que possui o cidadão.

No mesmo sentido, Wilson Antônio Steinmetz, (2001, p. 150-151):

Em caso de haver apenas uma medida idônea, trata-se de verificar se não há outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão. Na hipótese da existência de vários meios idôneos,

ordena-se a escolha daquele que é menos gravoso ao exercício do direito fundamental.

Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 190) nos ensina embasada no entendimento de Canotilho:

Com base nesse subprincípio em tela, o cidadão tem direito à menos desvantagem possível para obtenção de determinado fim. Portanto, o meio eleito deve ser, simultaneamente, eficaz e menos desvantajoso, ou menor, mais suave para os cidadãos. A medida, para ser admissível, deve ser estritamente necessária ao alcance do interesse público visado, ou não deve exceder os limites indispensáveis ao fim que almeja.

Desta maneira, tratando de um caso de provas ilícitas, nosso raciocínio deve se basear em dois pontos específicos. Em primeiro, devemos nos certificar que este não causará o menor prejuízo possível ao indivíduo. O segundo ponto consiste na ideia de que não existindo outro meio menos penoso, deve-se apurar se este é indispensável.

6.3.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

Por esse princípio se exige uma reciprocidade que tenha pertinência com o meio e fim. Desta maneira, é possível a ponderação quanto às vantagens e às desvantagens para se conseguir o que se busca. Seguindo esse raciocínio, podemos concluir que medidas obtidas como desproporcionais estão proibidas, logo não há que se falar em proporcionalidade se a medida for absurda.

Daniel Sarmiento (2002, p. 89) explica que:

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela”.

Fica perceptível que esse subprincípio busca equilibrar bens e valores. A discussão doutrinária se levanta no sentido da aplicação ou não da prova ilícita.

Desta maneira, concluímos que o princípio que estamos estudando nos permite encontrar, no caso concreto, os melhores critérios para se atingir os requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

6.4 Princípio da Proporcionalidade no Direito Brasileiro

Aqui no Brasil, o princípio da proporcionalidade teve sua gênese no âmbito administrativo, da mesma forma que os países da Europa. Na época, o referido princípio regulava o controle de polícia.

Em determinado momento, a doutrina passa a estender o manto do princípio da proporcionalidade para os demais campos do direito. Podemos afirmar que foi no âmbito das provas ilícitas que o princípio da proporcionalidade teve maior prestígio.

Ainda, é razoável acrescentar que o núcleo desse princípio é o sopesamento de valores que se encontram em um cenário conflituoso. Vale ressaltar que esses valores podem estar em uma mesma esfera hierárquica. No caso em concreto, haverá sacrifício de um desses valores constitucionais, com intuito de se fazer justiça.

Com o passar do tempo, a doutrina passou a trabalhar com o princípio da proporcionalidade e a jurisprudência caminhou no mesmo sentido. Inclusive, foi bem aceita a sua aplicação.

Embora a Constituição Federal seja omissa a respeito do princípio da proporcionalidade (não há qualquer previsão expressa), a jurisprudência brasileira entende que em determinadas situações o aludido princípio está implícito. Em uma análise minuciosa do art. 5º, inciso XII, existe a previsão de quebra da inviolabilidade das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Ainda no mesmo diploma, conseguimos vislumbrar no inciso V do mesmo artigo, que é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo.

Ainda que na Constituição Federal Brasileira, em seu art. 5º, inciso LVI, haja previsão de proibição da utilização das provas classificadas como ilícitas, bem como a ratificação promovida no art. 157 do CPP com intuito de confirmação de vedação, existe uma vertente entendendo pelo não cabimento. Isso tem se desenvolvido, pois de maneira eventual o interesse tutelado segue a outro de menor valor.

O Superior Tribunal de Justiça utilizou o princípio da proporcionalidade no seguinte caso:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 121, DO CÓDIGO PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. AUTOR DA GRAVAÇÃO QUE NÃO A REALIZOU PARA A PRÓPRIA DEFESA E, TAMPOUCO, EM RAZÃO DE INVESTIDA CRIMINOSA. INDEVIDA VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE. ILICITUDE DA PROVA.

[...]

A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade. Precedentes do STF (STF, HC n. 7.216/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, CJU 25/05/1998).

Com esse julgado, proferido em um caso concreto pelo Superior Tribunal de Justiça, corrobora-se a tese de que o princípio da proporcionalidade tem ganhado cada vez mais espaço e adeptos, principalmente no que se refere a sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio. Logo, o reconhecimento deste princípio toma força e pode garantir a melhor justiça em casos excepcionais.

7 CASOS JURISPRUDENCIAS

Nesse capítulo, trataremos dos casos que reverberaram o tema da prova ilícita no ordenamento jurídico. Poderemos analisar diversos casos em que a prova foi rotulada como tal, além de estudarmos as consequências para as partes decorrentes dessa classificação e a marcha processual.

O primeiro caso a ser abordado aconteceu no Rio Grande do Sul. No episódio, partiu-se da premissa em que a obtenção da prova ilícita com o fim de se chegar a uma informação relevante contribuía para o desfecho da ação penal.

PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PROVA ILÍCITA. CONDENAÇÃO LASTREADA NA SUPOSTA CONFISSÃO OBTIDA MEDIANTE TORTURA E NOS DEPOIMENTOS DOS AGRESSORES DO ACUSADO. NÃO COMPROVAÇÃO NOS AUTOS. PENAL. INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO RECONHECIMENTO. FURTO. BICICLETA AVALIADA, APROXIMADAMENTE, EM R\$ 300,00. QUASE 44% DO SALÁRIO MÍNIMO À ÉPOCA. 1. O constrangimento ilegal, no remédio heroico, demanda demonstração por meio de prova pré-constituída. Descumprida tal tarefa, não há como apreciar a alegada nulidade. 2. **Não há evidência de que a confissão do paciente tenha sido realizada mediante o emprego de tortura assim como não há elementos para considerar como prova ilícita o testemunho dos vizinhos, supostos agressores, pois o édito condenatório foi calcado na confissão e em depoimentos colhidos em juízo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.** 3. Consoante entendimento jurisprudencial, o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004) 4. Não é insignificante a conduta de tentar furtar bicicleta avaliada em aproximadamente R\$ 300,00 (44% do salário mínimo da época). 5. O montante da res furtiva denota reprovabilidade suficiente da conduta, em ordem a afastar o reconhecimento do caráter bagatelar do comportamento imputado, podendo-se afirmar que há afetação do bem jurídico. 6. Além disso, o paciente é reincidente na prática de mais quatro crimes contra o patrimônio, não incidindo a insignificância. Ressalva do entendimento da Relatora. 7. Ausência de flagrante ilegalidade. 8. Impetração não conhecida. (STJ - HC: 313731 RS 2015/0002787-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 10/03/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2015). (grifo nosso)

Conforme analisado o caso, podemos notar que foi afastada a tese de prova ilícita, pois se verificou que o depoimento do acusado não foi realizado mediante

emprego de tortura. Salienda-se que não foram encontrados elementos necessários para considerar como prova ilícita os testemunhos dos vizinhos, que seriam os supostos agressores.

Ou seja, nesse caso, o fato demonstra que se fosse considerada ilícita a prova, esta seria desentranhada do processo, sendo considerada nula para todos os efeitos.

O segundo caso que será trabalhado ocorreu no estado do Rio Grande do Sul e servirá como matéria de discussão.

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVA ILÍCITA. NULIDADE. I. **Interceptação Telefônica. O entendimento das Cortes Superiores é o de que a mera acusação anônima não é capaz de subsidiar a abertura de inquérito policial ou o deferimento de interceptações telefônicas**, senão apenas de ensejar atos de investigação preliminar a fim de auferir indícios mínimos de autoria e materialidade. A deficiência estrutural da polícia não é argumento apto a relativizar as garantias fundamentais. As incapacidades e insuficiências do Estado não devem superar o princípio da subsidiariedade, quando havia outros meios de viabilizar a investigação diversamente da medida invasiva. Diversas interceptações procedidas com base em informação apócrifa. Nulidade originária. II. Mandados de Busca e Apreensão. Deve ser observada a validade das decisões judiciais, a fim de que o investigado não reste permanente e temerariamente sujeito à discricionariedade das agências estatais. **As buscas domiciliares foram realizadas de maneira ilícita, pois os mandados já não eram válidos na ocasião de seu cumprimento. Nulidade.** APELAÇÕES DEFENSIVAS PROVIDAS. (TJ-RS - ACR: 70057364697 RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 08/05/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/05/2014). (grifo nosso)

No caso em tela, foi possível observar que a nulidade do processo ocorreu com base em prova ilícita. Notamos que houve uma interceptação telefônica, e por meio dela foi possível demonstrar uma acusação anônima.

Salienda-se que para as Cortes Superiores uma mera acusação anônima não enseja a abertura de inquérito policial ou mesmo autorização legal para interceptar uma ligação telefônica. No entanto, é capaz de auferir atos de investigação preliminar a fim de obter indícios mínimos de autoria ou materialidade.

Por fim, iremos trabalhar com um recurso eleitoral ocorrido no Estado do Mato Grosso. Nesse caso, foi trabalhada a teoria do fruto da árvore envenenada, de modo que sua aplicação foi imprescindível para resolução do caso.

RECURSO ELEITORAL - IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURA - ALEGAÇÃO DE INELEGIBILIDADE - PRELIMINARES -

CERCEAMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS - INCAPACIDADE POSTULATÓRIA - SENTENÇA SEM FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIAS - PROVAS ILÍCITAS - AFASTAMENTO - MÉRITO - ABUSO DE PODER ECONÔMICO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - CONTAS JULGADAS APROVADAS NO LEGISLATIVO - INELEGIBILIDADE AFASTADA.

Não há que se falar em **cerceamento de produção de provas**, uma vez que **as provas carreadas aos autos são fundadas em fita de áudio clandestina**, gravada **sem autorização** da outra parte e desacompanhada do respectivo auto de degravação. **Aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada**. A capacidade postulatória consubstancia-se com a representação em juízo por procurador habilitado, uma vez que é pressuposto de existência da relação processual. Consoante dicção do artigo 46 da Resolução TSE nº. 21.608/04, **ao juiz compete formar sua convicção pela livre apreciação das provas**, não se falando em sentença sem fundamentação sólida quando esta afasta as provas obtidas por meio ilícitos, conforme orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores. A alegação de abuso de poder econômico e uso da máquina pública não merece ser considerada quando **as provas testemunhais não confirmam os fatos suscitados pelo impugnante**. Também não se fala em inelegibilidade quando as contas são aprovadas pelo Poder Legislativo Municipal. (grifo nosso)

No caso em tela, as provas produzidas nos autos derivaram de uma gravação sem autorização da outra parte que, inclusive, foi desacompanhada do respectivo auto de degravação. Dessa forma, foi aplicada a teoria do fruto da árvore envenenada, ensejando a resolução do caso, afastando-se as provas e formando o entendimento do julgador em afastar a inelegibilidade.

8 CONCLUSÃO

Sabemos que dentre as finalidades do Estado Democrático de Direito está o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Com fundamento nesses princípios, surgiu a proibição do uso de provas alcançadas de maneira ilícita no processo (art. 5º, inciso LVI, da Carta Magna).

O Estado é o detentor do *jus puniendi*, o que significa que é ele quem tem o poder-dever de impor uma pena quando o sujeito pratica um ilícito. A justificação que se usa para a vedação das provas ilícitas está embasada no fato de que como o Estado exerce o monopólio da Justiça ele deve praticar atos lícitos para impor uma condenação ao indivíduo.

Para que o Estado realize a punição, é necessário que ele se valha de provas, pois é através delas que o juiz consegue conhecer dos fatos, formando sua convicção e, conseqüentemente, promovendo o melhor julgamento do caso.

Salienta-se que, no processo penal, busca-se a verdade real. Isso significa que o juiz não é o mero espectador das provas produzidas pelas partes, possibilitando-o a diligenciar para descobrir a veracidade dos fatos.

Corroborando com o que foi trazido na introdução deste trabalho, o art. 5º, da Constituição Federal, traz uma gama de direitos e garantias, como direito à vida, liberdade, intimidade e privacidade. Todavia, devemos salientar que não existem direitos absolutos, nem mesmo no caso do direito à prova. Sendo assim, devemos encontrar uma forma de relativizar esses direitos, de forma que, às vezes, devemos sopesar alguns valores em prol daqueles de maior relevância para o caso concreto.

Certamente, haverá conflitos entre esses bens tutelados pelo constituinte, ocasião em que o magistrado deverá exercer o sopesamento dos direitos em conflito, promovendo, assim, a justiça no caso concreto.

Ainda que a Carta Magna vede de forma expressa que não é permitido o uso de provas ilícitas no processo, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade onde houver conflito de dois direitos fundamentais. Isso se dará para que haja a resolução do caso, hipótese onde o direito de menor valor é sacrificado em detrimento daquele de maior valor. Um exemplo clássico é do cidadão que está preso injustamente e se utiliza de meios ilícitos, por exemplo, de uma gravação telefônica feita por um dos interlocutores, a fim de garantir sua inocência. Aqui nos parece que devem ser sopesados os valores, visto que o direito à liberdade é mais intenso.

Cabe salientar que o objetivo do trabalho não foi no sentido de defender a violação dos direitos e garantias Constitucionais, conforme expressa proibição de utilização de provas ilícitas no processo. No entanto, o que se pretende é a defesa desses direitos e garantias estabelecidos pela Carta Magna, onde se deve abrandar o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Ainda sobre o princípio da proporcionalidade, é de suma importância esclarecermos que esse princípio apenas é permitido quando sua utilização se der *pro reo*, isso significa que não deve ser utilizado em benefício da sociedade e sim no caso onde seu uso favorece o acusado. Aliás, deve ser aplicado em casos especiais onde exista uma gravidade perceptível, ou melhor, quando existir bens jurídicos tutelados em conflito e o resultado constituir em um dano maior para o indivíduo.

Desta forma, entendemos que, em que pese o ordenamento jurídico brasileiro vede expressamente o uso de provas ilícitas no processo penal, pelo princípio da proporcionalidade podemos garantir mais justiça e paz social, uma vez que, conforme aqui tratado, não existe direito absoluto. Devemos, assim, proteger outros direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal com base no princípio constitucional da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. Da Justiça. In: ARISTÓTELES. **Obra jurídica**. São Paulo: Ícone, 1997. (Coleção fundamentos do Direito: Livro I, livro V de Ética e Nicômaco).

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interpretações telefônicas clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília:Brasília.Jurídica, 2000.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 11 abr. 2017.

_____. **Lei 11.690 de 09 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União em 10 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm> Acesso em 11 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC - QUADRILHA OU BANDO - INEPCIA DA DENUNCIA - PROVA ILICITA -PRISÃO PREVENTIVA - FUGA. 1. PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE QUADRILHA, BASTA EXIGIR OPROPOSITO DE ASSOCIAÇÃO, DO AGENTE AO GRUPO CRIADO COM AFINALIDADE DA PRATICA DE CRIMES, SENDO DESNECESSARIO ATRIBUIR-LHEAÇÕES CONCRETAS. LOGO, NÃO E INEPTA DENUNCIA NESSES TERMOS. 2. CARTA ANÔNIMA, SEQUER REFERIDA NA DENUNCIA E QUE, QUANDO MUITO,PROPICIOU INVESTIGAÇÕES POR PARTE DO ORGANISMO POLICIAL, NÃOSE PODE REPUTAR DE ILICITA. E CERTO QUE, ISOLADAMENTE, NÃOTERA QUALQUER VALOR, MAS TAMBEM NÃO SE PODE TE-LA COMO

PREJUDICIALA TODAS AS OUTRAS VALIDAMENTE OBTIDAS. O PRINCIPIO DO "FRUTO DA ARVORE ENVENENADA" FOI DEVIDAMENTE ABRANDADO NA SUPREMA CORTE (HC NUM. 74.599-7, MIN. ILMAR GALVÃO). 3. PRISÃO PREVENTIVA QUE SE JUSTIFICA EM RELAÇÃO A UMA DAS PACIENTES, QUE EMPREENDEU FUGA DO DISTRITO DA CULPA, NÃO OCORRENDO MESMO COM RELAÇÃO A OUTRA. 4. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA A ORDEM. RHC 7363/RJ. Recorrentes: Marcos Moura Mateus e outro. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Des. Anselmo Santiago. Brasília, 07 de maio de 1998. DJ 15/06/1998 p. 167. LEXSTJ vol. 111 p. 289. RT vol. 756 p. 523.

_____. _____. FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL - INADMISSIBILIDADE - ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) - SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE "CASA" - NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS. Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, "respeitados os direitos individuais e nos termos da lei" (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia - que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários - restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da

República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, "embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita" (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do "privilège du préalable", não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes. ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE 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 "Exclusionary Rule" consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, 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 circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites - inultrapassáveis - que restringem os poderes do Estado em suas relações com os

contribuintes e com terceiros. 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 constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, 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. Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.. HC 93050/RJ. Paciente: Luiz Felipe da Conceição Rodrigues. Impetrante: Gustavo Eid Bianchi Prates. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 de junho de 2008. DJe-142. DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00700.

_____. _____. PENAL. PROCESSUAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. "HABEAS CORPUS". RECURSO.

1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. 2. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cujo

harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade. 3. Precedentes do STF. 4. Recurso conhecido mas não provido. RHC 7216/RS. Recorrente: Arlindo Joaquim de Souza. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Paciente: Arlindo Antonio de Souza. Relator: Min. Edson Vidigal. Brasília, 28 de abril de 1998. DJ 25/05/1998 p. 125. JBC vol. 47 p. 83. RDR vol. 13 p. 384. RJDTACSP vol. 39 p. 550. RMP vol. 9 p. 465. RSTJ vol. 109 p. 268. RT V 00755 p. 580. RT vol. 755 p. 580.

_____. _____. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PROVA ILÍCITA. CONDENAÇÃO LASTREADA NA SUPOSTA CONFISSÃO OBTIDA MEDIANTE TORTURA E NOS DEPOIMENTOS DOS AGRESSORES DO ACUSADO. NÃO COMPROVAÇÃO NOS AUTOS. PENAL. INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO RECONHECIMENTO. FURTO. BICICLETA AVALIADA, APROXIMADAMENTE, EM R\$ 300,00. QUASE 44% DO SALÁRIO MÍNIMO À ÉPOCA. 1. O constrangimento ilegal, no remédio heroico, demanda demonstração por meio de prova pré-constituída. Descumprida tal tarefa, não há como apreciar a alegada nulidade. 2. Não há evidência de que a confissão do paciente tenha sido realizada mediante o emprego de tortura assim como não há elementos para considerar como prova ilícita o testemunho dos vizinhos, supostos agressores, pois o édito condenatório foi calcado na confissão e em depoimentos colhidos em juízo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. 3. Consoante entendimento jurisprudencial, o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004) 4. Não é insignificante a conduta de tentar furtar bicicleta avaliada em aproximadamente R\$ 300,00 (44% do salário mínimo da época). 5. O montante da res furtiva denota reprovabilidade suficiente da conduta, em ordem a afastar o reconhecimento do caráter bagatelar do comportamento imputado, podendo-se afirmar que há afetação do bem jurídico. 6. Além disso, o paciente é reincidente na prática de mais quatro crimes contra o patrimônio, não incidindo a insignificância. Ressalva do entendimento da Relatora. 7. Ausência de flagrante ilegalidade. 8. Impetração não conhecida. HC 313731/RS. Impetrante: Defensoria Pública do estado do Rio Grande do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Anderson Cassiano da Silva Ribeiro. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 10 de março de 2015. DJe 16/03/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. 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 MANDADO

JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, 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. 5º, 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 conseqüência, 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 constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. 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 da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.. HC 90376/RJ. Recorrente: Sérgio Augusto Coimbra Vial. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 03 de abril de 2007. Data de Publicação: DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVA ILÍCITA. NULIDADE. I. Interceptação Telefônica. O entendimento das Cortes Superiores é o de que a mera acusação anônima não é capaz de subsidiar a abertura de inquérito policial ou o deferimento de interceptações telefônicas, senão apenas de ensejar atos de investigação preliminar a fim de auferir indícios mínimos de autoria e materialidade. A deficiência estrutural da polícia não é argumento apto a relativizar as garantias fundamentais. As incapacidades e insuficiências do Estado não devem superar o princípio da subsidiariedade, quando havia outros

meios de viabilizar a investigação diversamente da medida invasiva. Diversas interceptações procedidas com base em informação apócrifa. Nulidade originária. II. Mandados de Busca e Apreensão. Deve ser observada a validade das decisões judiciais, a fim de que o investigado não reste permanente e temerariamente sujeito à discricionariedade das agências estatais. As buscas domiciliares foram realizadas de maneira ilícita, pois os mandados já não eram válidos na ocasião de seu cumprimento. Nulidade. APELAÇÕES DEFENSIVAS PROVIDAS. ACR Nº 70057364697. Apelante: Julio Aguiar de Oliveira. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Diogenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 08 de maio de 2014. DJe 23/05/2014.

_____. Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso. RECURSO ELEITORAL - IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURA - ALEGAÇÃO DE INELEGIBILIDADE - PRELIMINARES - CERCEAMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS - INCAPACIDADE POSTULATÓRIA - SENTENÇA SEM FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIAS - PROVAS ILÍCITAS - AFASTAMENTO - MÉRITO - ABUSO DE PODER ECONÔMICO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - CONTAS JULGADAS APROVADAS NO LEGISLATIVO - INELEGIBILIDADE AFASTADA. Não há que se falar em cerceamento de produção de provas, uma vez que as provas carreadas aos autos são fundadas em fita de áudio clandestina, gravada sem autorização da outra parte e desacompanhada do respectivo auto de degravação. Aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada. A capacidade postulatória consubstancia-se com a representação em juízo por procurador habilitado, uma vez que é pressuposto de existência da relação processual. Consoante dicção do artigo 46 da Resolução TSE nº. 21.608/04, ao juiz compete formar sua convicção pela livre apreciação das provas, não se falando em sentença sem fundamentação sólida quando esta afasta as provas obtidas por meio ilícitos, conforme orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores. A alegação de abuso de poder econômico e uso da máquina pública não merece ser considerada quando as provas testemunhais não confirmam os fatos suscitados pelo impugnante. Também não se fala em inelegibilidade quando as contas são aprovadas pelo Poder Legislativo Municipal. RE 1056 MT. Recorrente: Washington Luiz de Souza Lopes. Recorrido: Antônio César Guimarães Piovezan. Relator: Des. Paulo Inácio Dias Lessa. Santo Afonso, 01 de setembro de 2004. PSESS - Publicado em Sessão, Volume Ata, Tomo 7078, Data 01/09/2004.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. **Da prova no processo penal**. 1996, p. 49.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS, 2005.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à Crítica. Princípio da proporcionalidade**: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 19ª Edição. São Paulo. Editora Atlas, 2006.

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

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas - teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2 ed. - Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Manual de processo penal constitucional: pós reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e Princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1995.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995, *apud* PACHECO, Denilson Feitosa. **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11 ed. Ver. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.