

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PAULO HENRIQUE CARDOZO

**AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL E A TEORIA DOS FRUTOS DA
ÁRVORE ENVENENADA**

FLORIANÓPOLIS

2012

PAULO HENRIQUE CARDOZO

**AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL E A TEORIA DOS FRUTOS DA
ÁRVORE ENVENENADA**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito para
obtenção do título de Bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. André Rodrigues de Oliveira

FLORIANÓPOLIS

2012



UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SANTA CATARINA

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada **AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL E A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA**, elaborada pelo acadêmico **Paulo Henrique Cardozo** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota _____ (_____), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, ____/____/____.

Prof. André Rodrigues de Oliveira

Prof. Eduardo Digiácomo

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por sempre ser fonte de força e trazer confiança em toda e qualquer empreitada.

Agradeço a meus pais, Mara Regina Cardozo e Nahor Cardozo Junior, por todo o amor com que me criaram e a educação passada dia após dia. Sem eles, certamente não estaria onde estou hoje e este trabalho jamais poderia ter sido realizado. Espero um dia poder retribuir tudo isso. Agradeço também ao meu irmão, Luiz Fernando Cardozo, por ter ajudado no meu crescimento. Aos três, por suportarem pequenos momentos de insanidade quando o cansaço falava mais alto.

Agradeço à minha namorada, Rhiane Zeferino Goulart, pelo amor e carinho de sempre e pelo auxílio direto na elaboração deste trabalho.

Agradeço aos meus amigos mais próximos, João Clemente, Luiz Pablo, Matheus, Ricardo e Rodrigo, com quem discuti ideias e dúvidas e compartilhei diversos momentos ao longo da realização deste trabalho de conclusão de curso – e destes últimos cinco anos.

Agradeço ao meu orientador, Prof. André Rodrigues de Oliveira, por aceitar prontamente a incumbência de me orientar na realização do trabalho que encerra um ciclo, além de debater comigo acerca da temática escolhida e apresentar sugestões pertinentes.

Agradeço, por fim, aos membros da banca, Alexandre Morais da Rosa e Eduardo Digiácomo, por igualmente aceitarem o convite para que avaliassem meu trabalho, honrando-me com suas participações.

RESUMO

Com este Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) objetivou-se verificar a questão da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro, analisando a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada às provas ilícitas por derivação. Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica em artigos científicos, doutrinas, jurisprudência, *sites* e na legislação. Os estudos realizados demonstraram que o tema das provas apresenta-se envolto por uma gama de princípios constitucionais, além de normas legais, os quais garantem a idoneidade das provas e do próprio processo. Nesse sentido, observou-se que os princípios de maior destaque são o do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Constatou-se que a vedação da prova ilícita, inerente ao Estado Democrático de Direito e indispensável à preservação dos direitos fundamentais, foi influenciada pela doutrina e jurisprudência norte-americanas, as quais já haviam desenvolvido a *exclusionary rule*. Verificou-se, ainda, que a consagração do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, no art. 5º, LVI, da Constituição de 1988, pôs fim a grande parte das discussões sobre o tema. Observou-se que as maiores concentrações de provas ilícitas ocorrem em interceptações telefônicas, torturas para a obtenção de informações e buscas e apreensões irregulares. Constatou-se, outrossim, que a ilicitude de uma prova pode contaminar outros elementos probatórios do processo, quando daquela derivarem. Nesses casos, a questão deve ser abordada sob a ótica da teoria dos frutos da árvore envenenada, a qual foi importada da *fruit of the poisonous tree doctrine*, elaborada pela jurisprudência norte-americana. De acordo com a teoria analisada, positivada no art. 157, do Código de Processo Penal, cuja redação foi conferida pela Lei n. 11.690/08, deve-se expungir do processo penal as provas contaminadas pela ilicitude originária, a fim de garantir eficácia à vedação constitucional às provas obtidas por meios ilícitos. Verificou-se que o mencionado dispositivo da Lei Processual Penal consagrou também algumas exceções à teoria, quais sejam, a da fonte independente e a da descoberta inevitável, as quais já foram tratadas em casos concretos pelo Supremo Tribunal Federal. Outra forma de relativização da teoria, desta vez construído pela doutrina e jurisprudência, é a partir do princípio da proporcionalidade, pelo qual se escolherá, em um conflito de valores, aquele que deve prevalecer. Nessa linha, concluiu-se pela possibilidade de se admitirem provas ilícitas por derivação a favor do réu e, em situações extremas, por sua gravidade, em benefício da acusação. Apesar do perigo da casuística e subjetividade do julgador, não se deve abrir mão das referidas exceções, sob pena de se desperdiçarem provas desprovidas de qualquer vício.

Palavras-chave: Processo Penal. Provas ilícitas. Ilicitude por derivação. Frutos da árvore envenenada.

ABSTRACT

The goal of this Course Conclusion Paper was to verify the subject of the inadmissibility of illegal evidence on criminal procedures, analyzing the fruit of the poisonous tree doctrine regarding tainted evidence. Therefore, it was researched bibliography in scientific articles, doctrines, jurisprudence, sites and laws. The studies made presented that the evidence issue is wrapped on a range of constitutional principles, besides legal rules, that guarantee the integrity of evidence and of the process itself. In this sense, it was observed that the most highlighted principles are the due process of law, the right to contradict and the affirmative defense. It was found that the illegal evidence prohibition, inherent to the Rule of Law States and indispensable to the preservation of fundamental rights, was influenced by North American doctrine and jurisprudence, which had already developed the exclusionary rule. It was also verified that the illegal evidence inadmissibility principle consecration, in article 5, LVI, of the 1988's Constitution, ended most of the subject's discussions. It was observed that most of illegal evidence involves telephonic interceptions, torture to obtain information and irregular search and seizures. It was found as well that an evidence's flaw can taint other evidences, when these result of the first one. In these cases, the subject may be faced from the perspective of Brazilian fruit of the poisonous tree theory, imported from American jurisprudence. According to the theory analyzed, legally written in article 157 of Criminal Procedure Law, whose writing was given by Law n. 11.690/08, tainted evidence may be expelled from the process, in order to guarantee effectiveness to constitutional prohibition of unlawful evidence. It was verified that the mentioned article also established some exceptions to the theory, namely the independent source exception and the inevitable discovery exception, which were already adopted by Supreme Court. Another way to relativize the theory, made by doctrine and jurisprudence, is with the proportionality principle, in which must be chosen, among conflicting values, the one that should prevail. According to this, it was concluded by the possibility of admitting tainted evidence in favor of defendant and, in extreme situations, due to their gravity, in favor of prosecution. Despite the danger of casuistry and subjectivity of the judge, one should not disregard those exceptions, under penalty of wasting lawful evidences.

Keywords: Criminal Process. Illegal evidence. Tainted evidence. Fruit of the poisonous tree.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A TEORIA DA PROVA	9
2.1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUAS DECORRÊNCIAS	9
2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS	16
2.3 ASPECTOS SOBRE A TEORIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL	18
3 AS PROVAS ILÍCITAS	32
3.1 PROVA PROIBIDA	32
3.2 A EXCLUSIONARY RULE	34
3.3 A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO BRASIL	36
3.4 PROVA ILÍCITA <i>VERSUS</i> PROVA ILEGÍTIMA	40
3.5 O ART. 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	42
3.6 ILICITUDE POR VIOLAÇÃO AO SIGILO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS	45
3.6.1 O termo <i>interceptação</i> e o alcance da Lei n. 9.296/96	47
3.6.2 Os requisitos do art. 2º	49
3.7 ILICITUDE DA PROVA OBTIDA MEDIANTE TORTURA	51
3.8 ILICITUDE NA BUSCA E APREENSÃO	53
3.9 ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA FRENTE À TEORIA DA PROPORCIONALIDADE	54
4 ILICITUDE POR DERIVAÇÃO	57
4.1 AS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO	57
4.2 FRUIT OF THE POISONOUS TREE DOCTRINE	58
4.3 A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA NO BRASIL	63
4.3.1 Entendimentos do Supremo Tribunal Federal	63
4.3.2 A teoria dos frutos da árvore envenenada a partir da Lei n. 11.690/08	67
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	74
REFERÊNCIAS	79

1 INTRODUÇÃO

Diariamente, produzem-se provas em processos penais, as quais devem observar as garantias e os limites previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal para que possam ser válidas. Não obstante, constantemente, em tais processos, são inseridas provas obtidas ilicitamente; além disso, não raras vezes a partir de tais provas são descobertos outros elementos probatórios, os quais são capazes de influenciar diretamente o deslinde das questões analisadas. O acentuado número de investigações em curso, bem como o anseio pela punição dos possíveis culpados por delitos cometidos, faz com que, ocasionalmente, sejam desrespeitadas determinadas normas Constitucionais ou legais, o que implica problemas na admissão de elementos probatórios viciados.

Analisar, então, a possibilidade de aproveitamento ou não das provas carreadas a um processo é fundamental para conferir-lhe o adequado desfecho, à luz não só da legislação vigente, como também do entendimento jurisprudencial atual. Isto porque a inclusão ou exclusão de uma ou diversas provas, pois eivadas de ilicitude, é ponto determinante para a formação do convencimento dos magistrados, que são competentes para condenar ou absolver os réus. Assim, é imperioso estudar as regras que determinam a inutilização das provas ilícitas e derivadas destas, bem como as exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada.

Com este trabalho, pretende-se contribuir diretamente para a reflexão acerca da teoria dos frutos da árvore envenenada, assim como das suas exceções, a fim de acrescer os estudos sobre as questões relacionadas à admissibilidade de provas ilícitas por derivação. Além disso, pretende-se trazer à tona mais informações sobre a teoria estudada, tendo em vista que o tratamento direto da matéria, no plano normativo, resume-se à vedação genérica ao uso de provas ilícitas, contida na Lei Maior, e ao art. 157 do Código de Processo Penal.

Importante mencionar que a produção de provas no processo penal, além de demandar origem lícita, está relacionada a diversos princípios constitucionais, precipuamente ao devido processo legal, tendo em vista o imprescindível respeito às *regras do jogo*, já que será a partir dos elementos probatórios que os magistrados formarão seu convencimento acerca da questão submetida à apreciação judicial.

O interesse pelo tema surgiu da preocupação com os limites a que estão submetidas as provas, considerando que é por meio destas que a concretização da justiça acontecerá ou deixará de ocorrer. Assim, acredita-se ser essencial conhecer as normas que regulam a admissão dos elementos probatórios no processo, a fim de que os direitos e as

garantias fundamentais não sejam ceifados na busca por uma condenação a qualquer custo e, ao mesmo tempo, não se descartem provas que possam ser aproveitadas. Nesse particular, é de extrema importância a compreensão dos fundamentos que embasam as decisões acerca da admissibilidade das provas derivadas de ilícitas, ou seja, da teoria dos frutos da árvore envenenada e suas exceções.

O art. 5º, LVI, da Constituição da República, decretou, em 1988, a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente. A matéria, contudo, só foi tratada no Código de Processo Penal em 2008, com a edição da Lei n. 11.690, a qual alterou a redação do art. 157 daquele código, prevendo também a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação. A legislação brasileira tomou como base, para elaborar suas normas, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas, as quais estavam à frente na abordagem do tema.

Diante disso, pretende-se responder à seguinte questão: devem ser desconsiderados, no processo penal, os elementos probatórios obtidos com infringência às normas de direito material, bem como os derivados de uma prova obtida ilicitamente?

A resposta não será a mesma em todos os casos. Isso porque, no caso de a prova viciada servir para provar a inocência do réu, está cada vez mais difundida a tese de que aquela é admissível, em que pese inexistir previsão legal nesse sentido. Outrossim, a teoria dos frutos da árvore envenenada, pela qual se excluem as provas ilícitas por derivação, comporta determinadas exceções, de modo que, em certas ocasiões, o elemento probatório poderá ser admitido.

Nessa esteira, tem-se como objetivo geral verificar em que condições serão (in)admissíveis as provas derivadas de ilícitas no processo penal, verificando as origens da teoria dos frutos da árvore envenenada e a sua aplicação no direito pátrio.

Para tanto, no primeiro capítulo analisar-se-ão diversos princípios constitucionais relacionados de alguma forma ao devido processo legal, considerando a influência desses no campo probatório, bem como aspectos importantes acerca da teoria da prova.

A seguir, será abordada detidamente a questão da inadmissibilidade das provas ilícitas, atentando-se a sua gênese, seu conceito, suas peculiaridades, bem como se demonstrando exemplos de situações que podem originar uma ilicitude.

No último capítulo, tratar-se-á mais especificamente das provas ilícitas por derivação, analisando a *fruit of the poisonous tree theory* norte-americana, a qual influenciou a teoria dos frutos da árvore envenenada no Brasil. Além disso, verificar-se-ão quais as exceções à citada teoria e a sua aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A TEORIA DA PROVA

2.1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUAS DECORRÊNCIAS

Dentre as normas presentes no nosso sistema jurídico, é notória a existência de princípios. Princípios são diretrizes gerais de um ordenamento jurídico, com amplo espectro de atuação, e que possuem como função, entre outras, a de fundamentar outras normas.

A normatividade dos princípios, segundo Bonavides (2011), pode ser encontrada na conceituação formulada em 1952 por Crisafulli, que afirmava serem, aqueles, normas jurídicas consideradas determinantes de muitas outras subordinadas, que a pressupõem. O constitucionalista brasileiro cita, também, a investigação doutrinária feita por Riccardo Guastini, que colheu seis diferentes conceitos de princípios, assim enunciados: a) o vocábulo refere-se a normas providas de um alto grau de generalidade; b) os juristas usam o vocábulo "princípio" para referirem-se a normas providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos; c) emprega-se a palavra para referir-se a normas de caráter programático; d) os juristas às vezes usam o termo "princípio" para referir-se a normas cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada; e) utiliza-se o vocábulo para designar normas que desempenham uma função importante e fundamental no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto; e f) finalmente, os juristas valem-se da expressão para designar normas dirigidas aos órgãos de aplicação cuja função é fazer a escolha dos dispositivos aplicáveis nos diversos casos.

Segundo Cademartori e Duarte (2009), para Alexy, os princípios, como espécie de normas jurídicas, juntamente com as regras, são mandados de otimização, na medida em que determinam que algo seja feito na maior medida possível, levando em consideração as possibilidades jurídicas e reais existentes.

A Constituição Federal de 1988, dentre suas normas, conta com um título – o Título II –, destinado aos direitos e garantias fundamentais, onde foram consagrados alguns dos diversos princípios que norteiam o homem na aplicação do direito. Segundo Silva (2009), quando princípios, que são as bases das normas jurídicas, estão positivamente incorporados,

transformam-se em normas-princípio e constituem preceitos básicos da organização constitucional.

No referido Título, encontramos o art. 5º, inciso LIV¹, inovação da atual Lei Maior, que positivou o princípio do devido processo legal, remontando à *Magna Charta* de 1215, a qual foi imposta pelos membros do alto clero inglês e pelos nobres ao rei João Sem Terra e estatuiu, em seu artigo 39², que o rei não deveria mais julgar segundo a sua vontade absoluta, sendo necessário um julgamento dos homens pelos seus pares ou pela lei da terra. (SOUZA; SILVA, 2008). A lei inglesa não citou, expressamente, o termo *devido processo legal* (ou *due process of law*), mas, inegavelmente, tirando das mãos do monarca o poder de julgar em contrariedade à lei, de modo arbitrário, consagrou o que veio a se tornar o princípio hoje positivado em nossa Constituição.

O devido processo legal trata-se, na verdade, de uma garantia constitucional do indivíduo de que a prestação jurisdicional realizada pelo Estado será feita de forma adequada, seguindo os ditames corretos. Configura, assim, proteção dupla, atuando tanto de forma a proteger o direito de liberdade como assegurando a paridade de condições a litigar entre aquele e o Estado-persecutor, além da plenitude de defesa – a qual engloba o direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, a ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal, um conjunto de garantias, portanto. (MORAES, 2009).

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 88), a fórmula do devido processo legal é *o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes e exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição*. Tais garantias são, de fato, a salvaguarda do próprio processo.

Dessa forma, segundo leciona Silva (2009):

Garante-se o processo, e ‘quando se fala em *processo*, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL, 1988).

² Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país. (SOUZA; SILVA, 2008, p. 14).

a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais' [...]. (p. 432).

O princípio insculpido visa a garantir que, em qualquer tipo de processo, sejam seguidas *as regras do jogo*, permitindo-se às partes ter segurança acerca do que poderá vir pela frente, bem como delimitando os direitos de cada uma na persecução do seu objetivo, seja este a condenação do réu, a defesa do cliente, a busca por uma sociedade melhor, o respeito a um direito individual, coletivo ou qualquer outro. Consiste, outrossim, em assegurar à pessoa que não seja privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma estabelecida legalmente. (CAPEZ, 2010).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, tratado internacional que consagra diversos direitos civis e políticos, sendo a base do sistema interamericano de Direitos Humanos, também já havia abordado o tema. O Pacto, promulgado no Brasil em 6 de novembro de 1992, estatuiu, em seu art. 8º, Garantias Judiciais, que:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (BRASIL, 1992).

Souza e Silva (2008) utilizam também a expressão *devido procedimento legal*, salientando que, se existir um procedimento específico para apurar a conduta criminosa do acusado (p. ex. o sumaríssimo, o do tribunal do júri, o da Lei n. 11.343/2006, entre outros), a não observância deste pode caracterizar vício insanável, na medida em que a opção por um rito menos completo implicar a redução da oportunidade de defesa do réu ou na inobservância do princípio do juiz natural. *A contrario sensu*, é admissível a convalidação do vício caso se demonstre que a opção por um procedimento diverso tenha trazido idênticas ou superiores condições de defesa do acusado.

Para Rangel (2009), os princípios que regem o direito processual penal são o início da construção da dogmática jurídico-processual (penal), sem desmerecer os princípios gerais do direito que lhe precedem. O devido processo penal é indispensável, assim, como garantia ao cidadão de que seus direitos serão respeitados – e que se não forem, há, em tese, como se defender –, não sendo admissíveis restrições não previstas em lei, mormente pois a liberdade é a regra, enquanto o seu cerceamento é a exceção.

Do princípio em análise, aliás, derivam tantos outros positivados, visto que não há verdade processual sem que, para que se possa descobri-la, sejam respeitados os

procedimentos delineados em lei. *Sem o devido processo legal, não pode haver contraditório.* (RANGEL, 2009, p. 4).

Assim é que o devido processo legal está, como se pode perceber, intimamente ligado à ampla defesa e ao contraditório, igualmente garantidos pela Constituição, no seu art. 5º, LV³. Aliás, as três garantias estão particularmente relacionadas à matéria da prova no processo penal, considerando a necessidade de sua produção, pelas partes, e de o acusado defender-se daquelas que pesem contra si.

Entendimento semelhante possui Moraes (2009), ao dizer que o devido processo legal possui como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral. Impende observar, portanto, os conceitos desses dois outros princípios, conforme trazidos pelo estudioso citado:

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. (p. 106-107).

O direito à ampla defesa, então, permite ao réu trazer ao processo os meios de prova que lhe possam ajudar a obter uma sentença absolutória, independentemente de se entender que caiba ao réu algum ônus probatório. O contraditório, ao seu turno, garante a possibilidade de o acusado opor-se às provas e alegações trazidas pela acusação, oferecendo ao magistrado a sua versão dos fatos e estabelecendo a dialética processual.

O princípio do contraditório, também denominado da audiência bilateral, consiste em uma garantia fundamental de justiça e encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Em que pese o autor instaure a relação processual, esta se completa apenas com o chamamento do réu a juízo. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009).

Trata-se de um método de confrontação da prova e comprovação da verdade fundado no conflito entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado em se livrar das acusações). Conduz,

³ Art. 5º [...]:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 1988).

ainda, ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes, sob pena de parcialidade do juiz em caso de inobservância. (LOPES JR., 2011). Assim, diz o citado autor:

contraditório e defesa são distintos, pelo menos no plano teórico. PELLEGRINI GRINOVER explica que ‘defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.’ (p. 183).

Para o exercício do contraditório, as partes, em relação ao juiz, não devem ser antagônicas, mas colaboradoras necessárias, pois ambas são inerentes àquele. O magistrado, ao ser turno, deve permanecer equidistante das partes, para exercer adequadamente as suas funções. Quanto ao direito da defesa e da acusação de praticar todos os atos tendentes ao convencimento do juiz, assumem especial relevo as fases da produção e valoração das provas, haja vista que as partes têm o direito não somente de produzir provas e sustentar suas razões, como também de tê-las adequadamente apreciadas e valoradas pelo órgão jurisdicional. Ademais, compreende o contraditório o direito que as partes possuem de *serem cientificadas sobre qualquer fato processual ocorrido e a oportunidade de se manifestarem sobre ele, antes de qualquer decisão jurisdicional*. (CAPEZ, 2010, p. 63).

Com relação à ampla defesa, entende-se compreender o dever do Estado de proporcionar ao réu totais possibilidades de se defender, seja este ato realizado pessoal (autodefesa) ou tecnicamente (por meio de defensor nomeado ou constituído). Souza e Silva (2008) afirmam que o réu tem asseguradas as duas formas de defesa: a técnica, prestada por advogado, e a autodefesa, caracterizada no nosso sistema principalmente no ato do interrogatório, ocasião em que o acusado pode usar os seus direitos de não se autoincriminar e de permanecer em silêncio. O princípio da ampla defesa, no já mencionado art. 8º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, foi igualmente abordado, sendo registradas diversas garantias⁴.

⁴ 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

Observa-se que, na teoria, é perceptível a diferença entre contraditório e ampla defesa. Contudo, o limite entre um e outro é tênue, restando imperceptível, na prática, algumas vezes, por estarem praticamente fundidos.

Outro princípio intimamente relacionado ao devido processo legal, por fazer parte das *regras do jogo*, é o do juiz natural. Na Constituição Pátria, vem formulado basicamente em dois incisos do art. 5º: o inciso XXXVII, segundo o qual *não haverá juízo ou tribunal de exceção* (BRASIL, 1988), e o inciso LIII, pelo qual *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente* (BRASIL, 1988). Isso significa, em síntese, que todo cidadão tem o direito de saber, de antemão, a autoridade que o processará e por qual juiz ou tribunal será julgado, caso pratique uma conduta criminosa.

Souza e Silva (2008) asseveram estar esse princípio vinculado à garantia do acesso à justiça e ao *due process of law*, consistindo o direito de o acusado ser julgado por um órgão jurisdicional pré-constituído, o que não significa dizer que se possa exigir o julgamento por um juiz específico.

O juiz natural, portanto, é aquele pré-existente ao tempo da infração; isso implica dizer que ninguém será processado por um juízo criado *a posteriori* ou especificamente para tal julgamento, ato que poderia ser visto até mesmo como forma de perseguição.

Outra garantia processual constitucional umbilicalmente ligada ao devido processo legal e indispensável para o raciocínio realizado na valoração da prova é o da motivação das decisões judiciais, presente no art. 93, IX⁵, da Constituição.

O dispositivo tem como função ajudar no controle da eficácia do contraditório, tendo em vista que só a fundamentação permite avaliar se foram observadas as regras do devido processo penal, se houve racionalidade na decisão judicial. (LOPES JR., 2011). Deve-se, portanto, explicitar em cada decisão os seus motivos, indicando claramente o que levou o magistrado à conclusão alcançada. Isso porque, urge mencionar, a decisão será sempre e sempre tomada por uma pessoa (ou um conjunto delas), as quais possuem suas próprias

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. (BRASIL, 1992).

⁵ Art. 93. [...]:

[...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988).

vivências, seus sentimentos, seu senso de justiça; a figura do juiz-neutro, absolutamente imparcial, é quase mitológica. Sendo assim, a motivação busca impedir o juiz de agir movido por razões pessoais, descartando os elementos presentes nos autos. Mais do que isso, ela obriga que ele se manifeste sobre as provas ali existentes.

É mister se destacar, além dos já citados, o princípio da presunção de inocência, devido a sua íntima relação com a matéria de provas. Também conhecido como presunção de não-culpabilidade, o princípio tem suas bases no final do século XVIII, quando surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitivo, na Europa Continental. Com a eclosão da Revolução Francesa, nasceu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a qual dispôs, em seu art. 9º, que *Todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: [...]*. (RANGEL, 2009, p. 24).

De acordo com Carvalho (*apud* LOPES JR., 2011), tal é a sua relevância que o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto, nesse momento histórico, da condição humana.

Na legislação brasileira, o princípio está previsto no art. 5º, LVII⁶, da Constituição e, consoante Souza e Silva (2008), reveste-se de dois aspectos: o primeiro diz respeito às medidas impostas ao investigado, principalmente no que toca à prisão cautelar, impondo-se que esta não figurará como punição antecipada; o segundo é relacionado ao ônus da prova, revelando que, caso o acusador falhe na missão de provar o alegado, deverá ser aplicada a máxima do *in dubio pro reo*, absolvendo-se o acusado por não se ter demonstrado que ele não é inocente.

Para Capez (2010), o princípio da presunção de inocência desdobra-se não em dois, mas três aspectos:

- a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual. (p. 81).

Seja como for, certo é que, para que se possa afirmar ser alguém culpado, imprescindíveis dois aspectos: a existência de uma sentença penal condenatória e que esta

⁶ Art. 5º [...]:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 1988).

decisão tenha transitado em julgado, inviabilizando, *a priori*, alteração no resultado do julgamento.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2009) mencionam, ainda, que integram as garantias do devido processo legal, entre outras, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo das comunicações em geral e de dados e a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, XI, XII e LVI, respectivamente, todos da Constituição). Estas, contudo, serão abordadas em momento oportuno.

2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

Costuma-se dizer que há três sistemas que regem o processo penal, quais sejam, o acusatório, o inquisitivo e o misto, cada um com suas peculiaridades.

O sistema acusatório tem como características as seguintes: a distinção entre as atividades de acusar e julgar; a iniciativa probatória deve ser das partes; o juiz deve ser um terceiro imparcial, que não investigue nem produza provas; a isonomia entre as partes; procedimento predominantemente oral; publicidade de todo o procedimento (ou da maior parte); contraditório e ampla defesa; ausência de hierarquia de provas; respeito à coisa julgada; e possibilidade de impugnação das decisões. (LOPES JR., 2012). No sistema acusatório, portanto, o juiz é o órgão imparcial de aplicação da lei, manifestando-se somente quando provocado, enquanto ao autor cabe a acusação e o seu ônus. (RANGEL, 2009).

Já no sistema inquisitivo, não há contraditório e, por isso mesmo, inexistem a liberdade e a igualdade processuais. Além disso, as funções de acusar, defender e julgar pertencem a uma mesma pessoa, a qual inicia o processo, colhe as provas e profere a decisão, podendo inclusive torturar o acusado a fim de obter uma confissão. A defesa é meramente decorativa, o processo é secreto e não se confere nenhuma garantia ao réu. (TOURINHO FILHO, 2012). Outra característica do sistema inquisitivo é a tarifação das provas, em que a confissão figura como rainha.

Há, ainda, o sistema misto, também conhecido como acusatório formal, o qual sofre influências dos dois outros. No processo penal misto, há duas fases procedimentais distintas: uma instrução preliminar, inspirada no sistema inquisitivo; e a fase judicial, em que nasce a acusação propriamente dita. (RANGEL, 2009).

Segundo Rangel (2009), a fase de investigação é levada a cabo, geralmente, por um magistrado, com o auxílio da polícia judiciária. Nesta fase o procedimento é secreto,

escrito e não há contraditório ou ampla defesa. A fase judicial é inaugurada com a acusação penal, a qual é feita, em regra, pelo Ministério Público, havendo debate oral, publicidade, contraditório e igualdade de direitos entre as partes.

O supracitado doutrinador assevera, ainda, que vige no Brasil o sistema acusatório, pois a função de acusar foi entregue, privativamente, ao Ministério Público, não havendo juiz instrutor, e no curso do processo há contraditório, publicidade e garantias constitucionais. Todavia, faz a ressalva de que não se trata de um sistema acusatório puro, havendo resquícios do sistema inquisitivo.

Entendimento semelhante possui Tourinho Filho (2012), que considera ter sido adotado no Brasil um sistema acusatório com laivos de inquisitivo, *tantos são os poderes conferidos àquele cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistante das partes.* (p. 80).

Para Nucci (2010), o sistema processual adotado no País, embora não oficialmente, é o misto. O autor afirma que, por um enfoque constitucional, se poderia dizer que o sistema é acusatório, tendo em vista a existência de diversos princípios que regem esse tipo de sistema processual. Todavia, o Código de Processo Penal foi elaborado em nítida ótica inquisitiva, não havendo como negar que o encontro entre a Constituição e o referido Código resulta no hibridismo existente hodiernamente.

Ainda, aduz que alguns processualistas, ao afirmarem ser acusatório o sistema pátrio, baseiam-se exclusivamente nos princípios constitucionais, deixando de analisar o que dispõe a legislação ordinária, principalmente no que diz respeito ao inquérito policial. Nesse sentido, defender que o País adotou um sistema genuinamente acusatório é omitir que o magistrado brasileiro possa produzir prova e decretar a prisão do acusado de ofício – como, de fato, ocorre –, bem como que ele se vale de elementos produzidos longe do contraditório para formar sua convicção. Adota-se no Brasil, portanto, um sistema *inquisitivo-garantista*, misto.

Lopes Jr. (2012) afirma que a classificação de um sistema misto, considerando que os sistemas puros são históricos, peca por não enfrentar o cerne da questão, que é a identificação do seu núcleo fundante. Nesse particular, sustenta que esse núcleo não é a separação inicial entre as atividades de acusar e julgar. É necessário que se mantenha a separação das funções para que a estrutura não se rompa; é imprescindível, portanto, que a iniciativa probatória esteja sempre com as partes, de modo que o magistrado permaneça a todo instante imparcial.

O autor sugere, ainda, que a identificação do núcleo fundante do sistema se faça a partir da forma de gestão da prova. Desse modo, o princípio dispositivo, pelo qual a gestão da prova está nas mãos das partes, funda o sistema acusatório, ao passo em que o princípio inquisitivo, que viabiliza a gestão da prova pelo julgador, funda o sistema inquisitivo. A partir desse critério, verifica-se a adoção do sistema inquisitivo pelo direito pátrio, já que o juiz pode participar da produção da prova. Essa atitude, contudo, deve ser severamente combatida, na medida em que contraria as garantias constitucionais.

2.3 ASPECTOS SOBRE A TEORIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

A prova, não só no processo penal, mas também em outras áreas, é regida por normas constitucionais e legais e envolta em forte base teórica. A matéria, no Código de Processo Penal, é tratada no Título VII, do Livro I, e compreende algumas escassas disposições gerais – apenas três artigos –, seguidas pelas provas em espécie, estas disciplinadas mais analiticamente. Pela doutrina, a questão é abordada com mais amplitude, sendo analisada e estudada a teoria geral da prova, na qual despontam interessantes temas.

A prova, para Rangel (2009), é o meio instrumental de que se valem autor, juiz e réu para comprovar os fatos da causa, deduzidos pelas partes no exercício dos direitos de ação e de defesa. Para Santos (*apud* SOUZA; SILVA, 2008, p.294), prova, no sentido objetivo, *'[...] são os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo, conceito em consonância com o de Claus Roxin, para quem 'provar significa convencer o juiz sobre a certeza da existência de um fato...'*. Rangel leciona, também, que a natureza jurídica da prova é de um direito subjetivo de índole constitucional de estabelecer a verdade dos fatos.

Silva (2012), em seus estudos, assim conceituou a prova:

Do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico, a denominação, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude do qual se conclui por sua existência do fato ou ato demonstrado. (p. 1120)

Capez (2010), ao tratar do conceito da prova, entende ser o conjunto dos atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros (p. ex. peritos), destinados a levar ao magistrado a certeza acerca da existência ou não de um fato, bem como da falsidade ou veracidade de uma alegação.

Lopes Jr. (2011), semelhantemente, entende serem as provas os meios através dos quais se procederá à reconstrução histórica do fato criminoso. Diz-se história, pois o tema probatório trata-se sempre da afirmação de um fato passado.

Para Souza e Silva (2008), o conceito não é unívoco, sendo que ora designa o resultado que se busca para a comprovação do fato em questão, ora se refere aos próprios meios probatórios utilizados para a demonstração daquele fato. Os autores, todavia, diferentemente de outros, entendem que o melhor conceito diz respeito ao fim visado, e não ao meio utilizado, pois o magistrado não toma sua decisão por meio da *prova pericial*, da *prova documental* ou da *prova testemunhal*, mas do que ele extrai a partir desses meios de prova.

Assim, sejam elas o resultado visado ou o instrumento de que se valem as partes, inegável que as provas têm como função permitir ao magistrado formar a sua opinião, a qual será externada na sentença. A prova permitirá que o juiz exerça a atividade recognoscitiva em relação ao fato histórico narrado pela acusação. Lopes Jr. (2011) fala, ainda, que as provas desempenham uma função ritual, pois são inseridas e chamadas a desempenhar um papel de destaque na complexidade do ritual judiciário. Além disso, constata que Tarrufo entende haver, além da função persuasiva, a finalidade de *fazer crer* que o processo penal determina a verdade dos fatos, posto que na realidade isso não ocorra – ou talvez especificamente por isso.

Para Capez (2010, p. 342), *no que toca à finalidade da prova, destina-se à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa*. Diz-se, também, ser o tema mais importante de toda a ciência processual, uma vez que as provas são os olhos do processo, de onde será possível extrair a *verdade* dos fatos, para a tomada da decisão. A ausência de provas idôneas e validas torna a discussão sem objeto, sendo irrelevantes, nesse caso, a ocorrência de aprofundados debates doutrinários ou a menção a variadas fontes jurisprudenciais.

A função precípua da prova, portanto, é tornar os fatos alegados pelas partes conhecidos do juiz, de forma a convencê-lo de sua veracidade. Nesse aspecto, o principal destinatário da prova é o magistrado; contudo, também são interessadas as partes – e, portanto, são destinatárias indiretas das provas –, que poderão aceitar ou não como justa a decisão tomada a partir dos elementos probatórios produzidos, e a partir disso traçar sua estratégia processual e optar pela interposição de um recurso.

Oliveira (2010, p. 341), ao seu turno, ensina que:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

Assim é que o objetivo da prova está intrinsecamente ligado a outra questão de profunda relevância, qual seja, o problema da verdade no processo penal. Neste campo, é recomendado ao julgador e às partes – especialmente à acusação – buscar a reconstrução do fato criminoso constante na denúncia ou queixa da forma mais fidedigna possível, visando à obtenção da pretendida verdade material ou real, e não apenas da verdade processual.

A missão, sabe-se, é árdua, para não dizer impossível, visto que na maioria das vezes está permeada por aspectos subjetivos, ao se levar em conta que diversos meios probatórios são, de fato, o exteriorização do que determinado indivíduo contou que fez (confissão), viu ou diz que viu (testemunhas) ou concluiu a partir de elementos analisados (perícia), além de todos esses estarem sujeitos à interpretação do julgador. De todo modo, a tarefa subsiste e devem ser buscadas as melhores provas, a fim de que se tenha a maior aproximação possível dos atos porventura praticados.

Lopes Jr. (2011), analisando o tema, assevera ser aplicável a frase de Joseph Goebbels, ministro de propaganda nazista de Hitler, para quem uma mentira repetida centenas de vezes acaba se tornando uma *verdade* – e, no caso do processo penal, uma *verdade real*. O estudioso constata que o mito da verdade real é típico do sistema inquisitivo, em que se buscava uma verdade mais consistente estabelecendo, por vezes, menos limites na atividade de busca, o que resultava em uma *verdade* de menor qualidade, admitindo-se, não raro, até mesmo a tortura, em que eram obtidas confissões de delitos praticados e também de alguns impossíveis de se praticar.

Este, aliás, foi o maior inconveniente da *verdade real*: ter criado uma “cultura inquisitiva”, que se disseminou pelos órgãos responsáveis pela persecução penal. (OLIVEIRA, 2010). Tal cultura acabou dando azo a práticas desprezíveis, no intuito de se descobrirem os responsáveis pela prática de condutas delituosas, em alguns casos não menos desprezíveis.

Para Lopes Jr. (2011), por isso, no processo penal, só se legitimaria a verdade formal ou processual, obtida e condicionada pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. Para tanto, a tese acusatória deve estar conforme à norma; a acusação deve estar corroborada pelas provas colhidas de acordo com a legislação; a verdade deve ser passível de

prova e oposição; e a dúvida impõe a prevalência da presunção de inocência e atribuição de falsidade formal à tese da acusação.

Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva [...], senão porque constitui um gravíssimo erro falar em 'real' quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. (LOPES JR., 2011, p. 546).

O problema da verdade trata-se, assim, de questão muito controversa ao se pensar em casos práticos.

No que diz respeito ao objeto da prova, Rangel (2009) sustenta ser o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo magistrado, para que possa emitir um juízo de valor. É o *thema probandum*, os fatos sobre o qual versa o caso penal, que serve de base à imputação realizada pelo *Parquet*. Exemplificando, narra que, se a alguém é imputada a prática de homicídio doloso qualificado por motivo fútil, o objeto da prova é o homicídio, a morte da vítima por um motivo insignificante.

O supracitado autor ressalta, todavia, que não se deve confundir objeto *da* prova com objeto *de* prova. Segundo leciona, esta última categoria relaciona-se a que fatos ou coisas devem ser provados, pois desnecessária a prova dos fatos notórios.

A despeito disso, Souza e Silva (2008, p. 296) aduzem ser objeto de prova *o tema probatório, aquilo que se pretende conhecer através de um meio de prova, a matéria ou fatos sobre os quais recai a prova, que, no procedimento, deve ter uma relação direta ou indireta com o objeto do processo (pertinência)*.

Para Fernando Capez (2010), o objeto será toda circunstância, fato ou alegação relacionada ao litígio sobre os quais pese incerteza, e que necessitem ser demonstrados ao juízo, para a solução do processo. São os fatos que poderão alterar a solução da causa, a responsabilidade penal ou a dosimetria da pena.

Em seguida, o doutrinador traz quatro espécies de fatos que independem de prova: a) fatos intuitivos – aqueles que são evidentes, cuja convicção já está formada. Exemplo disso é a dispensa, nos termos do art. 162, parágrafo único, do Código de Processo Penal, do exame de corpo de delito interno em casos de morte violenta; b) fatos notórios – também denominados de *verdade sabida*, são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade, p. ex., que a água molha ou que no dia sete de setembro se comemora a Independência do Brasil; c) presunções legais – porque decorrentes da lei ou da ordem normal das coisas. Podem ser absolutas (*jure et de jure*), como a presunção de incapacidade de

menores de dezoito anos, ou relativas (*juris tantum*); e d) fatos inúteis – aqueles que, sejam ou não verdade, não influenciam no deslinde da causa.

Em decorrência disso, e por exclusão, se os fatos não estiverem entre os que independem de prova e o meio pretendido for admissível, pertinente, concludente e possível, poderá ser objeto de prova.

Outro ponto constantemente abordado na teoria da prova são as suas possíveis classificações, embora haja oscilação por parte da doutrina. Rangel (2009) traz as provas classificadas em três categorias, quais sejam, quanto ao objeto, ao sujeito e à forma. Na primeira categoria, separa-as em diretas ou indiretas. Estarão no primeiro grupo quando se referirem ao próprio fato probando, sem a necessidade de um processo lógico de construção. Figurarão no segundo, contudo, se da prova, por um raciocínio lógico, puder chegar ao fato, como no caso dos indícios e das presunções.

Na segunda categoria, relacionada a de quem ou de onde a prova promana, o autor distingue as provas entre pessoal e real. Prova pessoal é a afirmativa consciente destinada a mostrar a veracidade dos fatos afirmados, como a testemunha que narra os fatos ou o laudo assinado por um perito oficial. Já a prova real é a encontrada na *res*, originada de qualquer vestígio deixado pelo crime, a exemplo do ferimento da vítima ou da arma do crime.

A última forma de divisão refere-se à maneira pela qual as partes apresentam a veracidade de suas alegações em juízo, podendo a prova ser testemunhal, documental ou material. É testemunhal quando um indivíduo, chamado a depor, relata sua experiência pessoal sobre o fato. Genericamente, podem ser as afirmações feitas por testemunhas, pelo ofendido e até mesmo a confissão do acusado. É documental quando for produzida por afirmação na forma escrita ou gravada, como cartas e escrituras públicas. Por fim, é material a prova *consistente em qualquer materialidade que sirva de elemento de convicção sobre o fato probando. São eles o corpo de delito, as perícias e os instrumentos utilizados no crime* (RANGEL, 2009, p. 424).

Souza e Silva apresentam a mesma classificação, mencionando como razão o intuito de facilitar a identificação dos diversos elementos de prova e avaliar o impacto delas na formação da convicção do julgador. Citam, ainda, o grande tecnicismo lógico de Malatesta (2009) na utilização dos três critérios acima mencionados.

Capez (2010), destacando serem inúmeras as classificações da prova, igualmente enumera as três categorias já expostas; todavia, vai além ao adicionar um modo de

classificação em razão do efeito ou valor produzido pela prova. Neste aspecto, ela poderá ser plena, se for convincente ou necessária para o alcance de um juízo de certeza no magistrado, a exemplo da exigida para a condenação; ou indiciária (não plena), se trazer somente um juízo de probabilidade, vigorando em fases nas quais não se exige o juízo de certeza, como na sentença de pronúncia, em que vale o *in dubio pro societate*.

Outro aspecto a ser considerado na teoria geral são os momentos da prova, também conhecidos como o procedimento probatório. Procedimento probatório, segundo Rangel (2009, p. 463) *é o conjunto de atos com o escopo de alcançar, no processo, a verdade processual ou histórica, formando o convencimento do juiz. Visa à realização prática dos meios de prova a fim de estabelecer, o mais que possível, a certeza dos fatos objeto do caso penal.*

A atividade probatória, de acordo com a doutrina de Capez (2010), importa em quatro fases distintas, a saber: postulação, admissão, produção e valoração. Aranha (2006) aduz, ainda, que a produção da prova é ligada ao momento, entendido como o instante processual previsto para a indicação das provas que se pretende produzir, sob pena de preclusão. As doutrinas ressalva, contudo, a única prova possível de ser requerida a qualquer tempo, qual seja, o incidente de insanidade mental do acusado, pois seria ofensiva a condenação de um inimputável.

Inicialmente, tem-se a postulação ou proposição, que se refere ao instante previsto para a produção da prova. Em regra, propõem-se as provas com a peça acusatória e com a defesa prevista nos arts. 396-A⁷ e 406, § 3º⁸, do Código de Processo Penal. O segundo momento é o da admissão. Este consiste em ato processual do juiz que, ao examinar as provas postuladas e seu objeto, defere ou não a sua produção. Em princípio, não serão deferidas as provas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, bem como as ilícitas. A terceira etapa é a da produção, que consiste nos atos processuais das partes de trazer a juízo seus elementos de convicção sobre as provas existentes. Para Rangel (2009), trata-se do momento de maior

⁷ Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (BRASIL, 1941).

⁸ Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

[...]

§ 3º Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (BRASIL, 1941).

tensão probatória, em que serão discutidas veracidade, idoneidade, credibilidade e legalidade das provas. Por último, temos o momento da valoração, consubstanciado no juízo de valor exercido pelo magistrado sobre as provas produzidas, na hora de tomar sua decisão. Nessa fase, o juiz dará a importância devida a cada prova, de acordo com a sua convicção, expondo e fundamentando suas razões.

Fundamental destacar, ainda, que o contraditório deve ser rigorosamente observado nas quatro etapas mencionadas. Na postulação, pela denúncia e resposta, o contraditório deve existir na possibilidade de as partes postularem provas em igualdade de condições. Na admissão, ele está na faculdade de impugnar a decisão que admitiu alguma prova, caso se entenda que essa esteja equivocada. Na produção (instrução), o contraditório está na possibilidade de defesa e acusação participarem e assistirem a produção da prova. Por último, na valoração, ele manifesta-se por meio do controle da racionalidade da decisão (fundamentação), que gera a possibilidade da interposição recursal. (LOPES JR., 2011).

No que concerne aos meios de prova, Rangel (2009, p.420) define-os como sendo *aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam.* O autor cita, como exemplos, o depoimento da testemunha, a inspeção judicial e os indícios. Outrossim, cita o art. 332⁹, do Código de Processo Civil, registrando que os meios de prova podem ser os especificados em lei ou todos aqueles considerados moralmente legítimos, mesmo que não previstos no ordenamento jurídico – são as provas inominadas.

Capez (2010), semelhantemente, esclarece que meio de prova é tudo o que possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo. Assevera, ademais, ser unânime a doutrina e a jurisprudência no sentido de entender os meios de prova elencados no Código de Processo Penal como um rol meramente exemplificativo, sendo cabíveis outras provas distintas das lá enumeradas. Diga-se, por oportuno, que constam nos capítulos do Título VII, do Código de Processo Penal, como meios de prova, o exame de corpo de delito e as perícias em geral, o interrogatório do acusado, a confissão, o depoimento de testemunhas e do ofendido, o reconhecimento de pessoas e coisas, a acareação, os documentos, os indícios e a busca e apreensão.

⁹ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. (BRASIL, 1941).

Lopes Jr. (2011), sobre o tema, entende ser tal rol, como regra, taxativo. Não obstante, excepcionalmente e com os devidos cuidados, podem ser admitidos outros meios de prova, sendo imperiosa a necessidade de cautela para que não se violem os limites constitucionais e processuais da prova. Assim, ao lado das provas nominadas, é possível haver algumas inominadas, tais como a inspeção judicial e as gravações de áudio e vídeo, desde que estas não sejam uma subversão da forma estabelecida para uma daquelas.

Para Souza e Silva (2008), os meios de prova expressamente previstos na Lei Processual Penal estão longe de esgotar as possibilidades probatórias, já que novos e mais eficientes meios probatórios são fruto de tecnologia desconhecida à época da elaboração do Código vigente, a exemplo da prova pericial por DNA e da captação de conversas por meio de interceptação telefônica. Esses novos meios, por serem, geralmente, mais poderosos e invasivos do que os tradicionais, devem ter sua produção, inserção e avaliação limitados mais incisivamente por normais de natureza constitucional, visto que sua coleta quase sempre encontra-se em rota de colisão com a dignidade do investigado.

Questão bastante controversa é a atinente ao ônus da prova, tratada, no Código de Processo Penal, no art. 156¹⁰, cujo primeiro registro é o de que *a prova da alegação incumbirá a quem a fizer*.

Inicialmente, vale ressaltar que a produção da prova é um ônus, e não uma obrigação processual. O importante fator de distinção entre os conceitos é a obrigatoriedade: na obrigação, a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violação da lei, ao passo que no ônus o adimplemento é facultativo, gerando à parte, caso permaneça inerte, somente eventual prejuízo ou a não obtenção de alguma vantagem. (CAPEZ, 2010). Ainda:

Se a parte não exercita o ônus que lhe compete, esta apenas deixa de usufruir a vantagem processual que obteria se o tivesse exercitado, no momento e na forma previstos nas leis processuais, gerando um prejuízo contra seus próprios interesses, não se confundindo com uma obrigação, já que esta pressupõe uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento aproveita à parte que ocupa o outro pólo da relação jurídica e que, portanto, pode exigí-la, podendo o obrigado ser coercitivamente forçado a implementá-la. (SOUZA; SILVA, 2008, p. 344-345).

Ônus da prova é, portanto, o encargo que os litigantes têm de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos, conforme for a distribuição de tal imposição (ARANHA,

¹⁰ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 1941).

2006). Para Rangel (2009), trata-se do encargo de provar as alegações que as partes fizeram em suas postulações.

Para Capez (2010), a quem tenha interesse em afirmar cabe fazer a prova. Assim, aquele que apresenta uma pretensão deve provar os fatos constitutivos, enquanto quem fornece a exceção deve provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas. Isso não implica, contudo, que a defesa deva produzir tais ou quais provas, já que às vezes a melhor estratégia da defesa é a inércia. Para o citado autor, portanto, incumbe ao Ministério Público provar a existência do fato criminoso, enquanto cabe ao acusado fazer prova das causas excludentes de antijuricidade, culpabilidade ou punibilidade, bem como eventual inexistência do fato. Outrossim, caso a defesa alegue haver um alibi, é ela quem deverá prová-lo.

Souza e Silva (2008) comungam do mesmo entendimento. Segundo os autores, cabe integralmente à acusação demonstrar ao magistrado a presença dos requisitos para o exercício do *jus puniendi* do Estado, provando cabalmente a ocorrência do fato e a autoria do réu, já que, prevalecendo, a dúvida deve ser privilegiado o *in dubio pro reo*, aplicando-se o art. 386, VII¹¹, do CPP. À defesa, por sua vez, restará tentar eximir-se da responsabilidade ou reduzi-la, podendo alegar a ocorrência de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito de punir. Isso porque, justificam, *ao se transferir integralmente para a acusação o ônus de todas as alegações da defesa, estar-se-ia afrontando a regra da razoabilidade, ao se impor à acusação um ônus desproporcional e que poderia até mesmo inviabilizar o exercício do jus puniendi [...]*. (p. 347). No tocante ao alibi, entendem que cumpre ao réu demonstrar a sua veracidade, de modo a desacreditar a prova feita pela acusação ou, no mínimo, gerando dúvida razoável que leve à absolvição.

Aranha (2006) igualmente entende ser da acusação o ônus de provar a existência do fato penalmente ilícito e competir à defesa demonstrar a inexistência de dolo, causas extintivas da punibilidade, excludentes da antijuridicidade e eventuais excludentes da culpabilidade. De forma semelhante, Oliveira (2010) registra caber à acusação o ônus probatório da autoria e materialidade do delito, sem, contudo, precisar demonstrar a inexistência de excludentes, como se vê:

¹¹ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...]

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (BRASIL, 1941).

Afirmar que ninguém poderá ser culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação. A este caberá provar a existência de um crime, bem como sua autoria.

[...]

Cabe, assim, à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à materialidade do fato (sua existência) e de sua autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade. (p. 348-349).

Rangel (2009), entretanto, apresenta divergência. De acordo com o renomado autor, a compreensão supra-apresentada é uma visão exclusiva e isolada do art. 156 da Lei Processual Penal, em desconformidade com a Constituição Federal. Se a denúncia deve narrar o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, é da acusação o ônus de provar que este fato é típico, ilícito, não amparado por qualquer excludente de ilicitude e que o réu tem consciência da sua antijuridicidade, assim como a falsidade de eventual álibi alegado – pela prova cabal da autoria. Não se pode entregar ao réu, *dentro de um Estado Constitucional dito Democrático de Direito e que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana [...] o ônus da prova de sua inocência*. (p. 459). Diante disso, não logrando êxito o Ministério Público, o resultado esperado não pode ser outro que não a absolvição. Enfim, o autor entende ser exclusivo do Ministério Público o ônus da prova, o que não se confunde com o direito que o réu tem de alegar o que bem entender em sua defesa.

Para Lopes Jr. (2011), a partir do momento em que o réu é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar nada; o ônus de derrubar tal presunção é do acusador, sem que a defesa precise contribuir para essa tarefa. Não há, destarte, distribuição de cargas probatórias no processo penal. Reconhece-se, contudo, que a perda de uma chance probatória é uma assunção de riscos de uma sentença desfavorável. De todo modo, *incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência de causas de justificação*. (p. 526).

Digna de questionamento, também, é a capacidade de produção de provas pelo órgão julgador. O magistrado não possui qualquer ônus probatório no processo; todavia, a ele é facultado ordenar a produção antecipada de provas e determinar diligências que considere necessárias ao esclarecimento de dúvida relevante. Possivelmente o legislador incluiu tais possibilidades no art. 156, do Código de Processo Penal, com vistas a privilegiar a busca pela *verdade real*. No entanto, é imprescindível que o juiz saiba manter a sua posição de imparcialidade.

De acordo com Souza e Silva (2008), seria indesejável pelo ordenamento jurídico que o juiz deixasse de analisar com profundidade se o acusado é culpado ou inocente (não importando qual das partes será beneficiada com a intervenção do magistrado, portanto), *por não dispor de provas que não foram produzidas por inércia de qualquer das partes* (p. 350). Os autores entendem, ainda, que o exercício da atividade probatória pelo juiz não maculará a sua imparcialidade, já que, ao ordenar determinado ato, o julgador não sabe qual será o resultado da prova e, por conseguinte, qual será a parte beneficiada. Não se pretende, entretanto, que o juiz se antecipe, determinando a produção de provas antes que as partes o façam; deve ele atuar somente suprindo as omissões que prejudiquem sua convicção. Os autores acreditam, por fim, que está fora dos limites da atuação de ofício pelo julgador determinar o exame de corpo de delito, tendo em vista que a ausência da prova beneficia o réu.

Posição oposta é sustentada, novamente, por Rangel (2009) – e apoiada por Lopes Jr. (2011) –, que afirma não haver espaço, na estrutura acusatória do Processo Penal, para a gestão da prova por parte do magistrado. Diz, ademais, que a Lei n. 11.690/08, a qual conferiu a atual redação ao art. 156 do CPP, pensa que o juiz é um ser não humano, um *extraterrestre que desce de seu planeta colhe a prova, preside o processo, julga e volta à sua galáxia, totalmente imparcial*. (p. 461). A reforma, nesse aspecto, ao colocar o juiz no centro da colheita da prova, acaba adotando o princípio inquisitivo.

A avaliação das provas é um ato personalíssimo do juiz, mediante o qual, examinando-as e valorando-as, chegará a uma decisão sobre o objeto do processo. Importa, nesse sentido, caracterizar os três principais sistemas de apreciação das provas existentes, de acordo com a maior ou menor existência de regras ou o grau de arbítrio do magistrado, e qual deles foi o adotado por nosso sistema processual. Os três sistemas conhecidos são: 1) sistema legal ou tarifado; 2) livre ou íntima convicção; 3) livre convencimento motivado ou persuasão racional.

Pelo sistema da prova legal, segundo Aranha (2006), cada prova tinha um valor legalmente preestabelecido, o qual era inalterável e constante, de modo que ao magistrado era dado apenas agir conforme o peso que cada prova tinha. A máxima *testis unus, testis nullus*, aliás, é própria desse sistema, o qual considera que o depoimento de uma só pessoa, por mais detalhado ou verossímil que seja, não tem valor.

Tal método, também conhecido como *sistema da certeza moral do legislador*, de acordo com Rangel (2009), serve para eliminar a discricionariedade do juiz, evitando, com

isso, arbitrariedades exclusivamente por parte deste. O juiz, com isso, passa a não dispor de liberdade, no caso concreto, para decidir se a prova era ou não comprovadora dos fatos, pois era apenas obrigado a acatar o seu valor estabelecido em lei. Assim, se a confissão era a rainha das provas, de nada adiantava três ou quatro testemunhas alegarem que o réu não estava presente no local do fato, pois a confissão tinha peso superior aos testemunhos. O julgador era, portanto, somente um matemático.

Por mais arcaico que seja, - teve seu auge no período da Baixa Idade Média, conforme Souza e Silva (2008) –, o sistema legal encontra resquícios no nosso Código de Processo Penal, já que, por exemplo, no art. 158, a lei exige exame de corpo de delito nas infrações penais que deixarem vestígios, sob pena de nulidade, consoante o art. 564, III, *b*.

O sistema da íntima convicção, para Lopes Jr. (2011), surge como uma superação ao já mencionado. Neste, o juiz não precisa fundamentar a sua decisão nem obedecer critérios de avaliação das provas. Está, assim, livre para valorar a prova da maneira que entender adequada. Tal método, evidentemente, promoveu um excesso de discricionariedade e liberdade no julgamento, sendo que o julgador não precisa demonstrar os argumentos que o levaram à conclusão alcançada.

Segundo Souza e Silva (2008), o julgamento feito com esse sistema pode não refletir o contexto probatório existente e, inclusive, não há como saber se a decisão foi tomada tendo como base as provas constantes nos autos, já que inexistente a fundamentação.

A livre convicção, no Código de Processo Penal em vigor, encontra respaldo no Tribunal do Júri, em que os jurados não são obrigados a fundamentar o seu voto, já que a cédula de *sim* ou *não* depositada na urna prescinde de motivação. Isso leva Rangel (2009) a criticar a instituição do Júri na sua atual estrutura, dada a incompatibilidade entre o modo como é feita a votação e o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Constituição da República). Segundo ressalta, a sociedade tem o direito de saber as razões pelas quais um de seus indivíduos foi condenado ou absolvido, assim como o réu deve saber o motivo da sua condenação. Registra, ainda, não se poder dizer que a fundamentação da sentença basta, já que esta não condena nem absolve, limitando-se apenas a aplicar a pena ou julgar improcedente o pedido. Sugere, assim, que se adote a fundamentação na decisão do Júri.

Lopes Jr. (2011), acompanhando Rangel (2009), destaca o modelo do Tribunal do Júri como sendo algo que permite uma *monstruosidade jurídica*, na medida em que permite

que leigos julguem de acordo com a 'cara', cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante do julgamento ou mesmo antes do julgamento [...]. (p. 537).

Por fim, o último dos principais sistemas, e que orienta o Processo Penal pátrio, é o do livre convencimento motivado. Este sistema equilibra-se entre os dois anteriores, evitando o arbítrio total do juiz, mas o dando liberdade para formar a sua própria convicção sobre os fatos. De acordo com Capez (2010), o julgador não está preso a nenhum critério legal pré-fixado, mas também não conta com liberdade absoluta, já que é necessária a fundamentação.

A fundamentação das decisões, a partir dos fatos provados (cognoscitivismo), refutáveis e de argumentos jurídicos válidos é um limitador (ainda que não imunizador) dos juízos morais. Esse é um espaço impróprio da subjetividade que sempre estará presente (não existe juiz neutro), mas que o sistema de garantias deve buscar, constantemente, desvelar e limitar. (LOPES JR., 2011, p. 539).

Assim, o sistema da persuasão racional, consagrado no art. 155¹², do Código de Processo Penal, confere ao juiz a liberdade de agir de acordo com as provas existentes nos autos. Rangel (2009) frisa que a apreciação é da prova; deve haver prova nos autos, portanto, seja para condenar ou absolver. Ainda, é mister que tais provas tenham sido contraditadas, ou seja, submetidas ao crivo de ambas as partes.

Tal preceito encerra dois princípios: um, principal, pelo qual o julgador deve apreciar as provas segundo sua consciência, isto é, através do que for fruto de seu convencimento; outro, secundário, porém limitador e condicionante, pelo qual tal convencimento não pode ir além ou afrontar o valor legal dado às provas. Veda ao juiz, ainda que convencido em contrário, julgar por notícias ou fatos conhecidos fora dos autos ou por provas colhidas ou produzidas contra a norma. (ARANHA, 2006, p. 82).

Importante tecerem-se, ainda, breves considerações a respeito da prova emprestada. Diz-se emprestada a prova produzida em determinado processo e depois transportada, por meio de qualquer meio autenticatório, para produzir efeitos como prova em processo distinto (CAPEZ, 2010). De acordo com Grinover (*apud* RANGEL, 2009, p. 445), é aquela *que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto*. A prova emprestada, nesse sentido, embora possa ser, na sua origem, testemunhal ou pericial, no momento em que é transferida adquire a forma documental.

¹² Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941).

Há, contudo, alguns requisitos comumente apresentados pela doutrina, para que se possa emprestar a prova. O primeiro é que ela tenha sido colhida em processo havido entre as mesmas partes presentes no processo ao qual se pretenda importá-la. Não basta que autor ou réu estejam presentes, é imprescindível que um e outro sejam partes de ambos os processos, sob pena de a prova não poder gerar efeitos sobre a parte que não tenha figurado num dos polos da ação originária.

Ainda, é crucial que tenha havido contraditório, no processo anterior, acerca da prova a ser emprestada. Rangel (2009) aduz que, inexistente o contraditório no processo originário, a prova não possui qualquer eficácia e deverá, no processo para o qual foi transferida, ser a ele submetida, para que possa ser usada como fundamento da decisão.

Outrossim, é condição para a prova emprestada que tenham sido observadas, no processo originário, todas as formalidades previstas em lei durante a produção da prova. Nesse sentido, não sendo a hipótese do § 1º, do art. 159, do CPP, se o laudo pericial elaborado não for firmado por perito oficial, a prova emprestada não é válida e, portanto, é incapaz de produzir efeitos.

Em geral, presentes tais requisitos é viável o deferimento do pedido de utilização de prova emprestada. Lopes Jr. (2011), contudo, entende que a questão deve ser tratada com mais rigor. Especificamente quanto à prova documental que envolva documentos públicos ou particulares não envoltos em qualquer tipo de sigilo, o autor não vê maiores problemas. Com relação a extratos bancários, documentos fiscais e outros protegidos, porém, a questão adquire complexidade. Isso porque a autorização judicial para quebra de sigilo é limitada ao processo em que foi deferida. O doutrinador aborda nesse contexto, o princípio da especialidade da prova, ressaltando a vinculação causal desta ao fato apurado quando da sua produção. Dessa forma, tende-se a evitar investigações abertas e indeterminadas.

Sobre a prova testemunhal, por sua vez, Lopes Jr. (2011) vê a limitação como insuperável. Em primeiro lugar, pois, se houvesse interesse probatório em comum, os processos deveriam ter sido reunidos para julgamento simultâneo. Em segundo, visto que, ao se trasladar determinada prova, se está olvidando a especificidade do contexto fático que a prova pretende reconstruir (cada fato histórico é distinto).

Há, por fim, relevantíssimo aspecto na teoria geral da prova, que diz respeito à sua licitude. Este, todavia, é objeto do capítulo seguinte, que o abordará com o devido detalhamento.

3 AS PROVAS ILÍCITAS

3.1 PROVA PROIBIDA

Segundo Aranha (2006), prova proibida é aquela considerada defesa, impedida que se faça pelo direito, por ofender e opor-se a este. São provas que não poderão ser produzidas para serem utilizadas no processo, e caso sejam, é vedada a admissão de tais elementos probatórios no caderno processual.

De acordo com Capez (2010), a prova proibida, também denominada defesa ou vedada, é toda aquela evidência incapaz de ser admitida ou valorada no processo. São as provas produzidas por meios ilícitos, em contrariedade a uma norma constitucional ou legal específica.

A vedação da prova proibida é inerente ao Estado Democrático de Direito, o qual não pode admitir a prova do fato e a punição do indivíduo a qualquer preço, deixando de considerar os direitos conferidos (pois positivados) a este pelo próprio Estado que o persegue. Nesse particular, é mister que os direitos fundamentais declarados na Constituição sejam efetivamente garantidos ao indivíduo, direitos esses que são naturais, abstratos, imprescritíveis, inalienáveis e universais. Qualquer busca pela verdade processual ou real, portanto, encontra limites em um processo ético movido por princípios políticos e sociais que buscam a manutenção de um Estado Democrático de Direito. (RANGEL, 2009).

Não cabe no campo da prova a máxima *os fins justificam os meios*, já que os *meios* caracterizam, via de regra, violação aos mais básicos direitos humanos e da dignidade da pessoa, valor reconhecido internacionalmente em diversas constituições e na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹³.

Ademais, o já mencionado Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 5º, 1, dispõe que *toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral* (BRASIL, 1992). Foi, aliás, após o término da 2ª Grande Guerra, que a doutrina preocupou-se mais com o processo penal e as questões éticas a ele relacionadas, fato que culminou com o desenvolvimento de estudos e teorias acerca da proibição do uso da prova obtida de forma ilícita. (SOUZA;SILVA, 2009). A referida preocupação é proveniente dos horrores causados

¹³ Artigo I - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. [...] (ONU, 2012).

pelos regimes totalitários, os quais cometiam as mais variadas atrocidades para a satisfação dos seus objetivos e para combater tudo e todos que fossem contrários às suas regras.

Consoante o ensinamento de Avolio (2010), quando o tema das provas ilícitas chamou, pela primeira vez, a atenção dos juristas, os dogmas do livre convencimento e da busca pela verdade real destacavam-se fortemente, em detrimento de eventuais limitações à prova. Isso fazia com que, no sopesamento de interesses, a balança pendesse invariavelmente para o lado da busca da verdade, ainda que esta fosse promovida a partir de meios ilícitos ou inidôneos. Aceitavam-se, com isso, diversas violações aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, acatando atitudes grotescas em prol do alcance da *verdade*, com vistas a embasar a condenação.

Nesse sentido, Schönke e Guasp, na Alemanha, e Fleming, Wigmore e Cardozo, nos Estados Unidos, argumentavam que o interesse da comunidade deveria prevalecer sobre uma formalidade antijurídica; que se reputava eficaz a prova ilicitamente obtida, sem prejuízo da aplicação das devidas sanções a quem a obteve; e que não se deveria considerar um oficial da lei que cometesse uma ilicitude um perigo maior do que um assassino sem castigo. Na Itália, partilhava-se de entendimento semelhante, embora por razões distintas, consagrando-se o axioma *male captum, bene retentum*, ou seja, a admissibilidade das provas ilícitas, ainda que mal colhidas. Assim, inutilizáveis no processo seriam apenas as provas proscritas pela própria lei processual. (AVOLIO, 2010).

Aos poucos, contudo, os ordenamentos jurídicos foram evoluindo, alterando-se o posicionamento até então dominante. Na Alemanha, em oposição às antigas concepções, a doutrina passou a se reportar ao preceito constitucional da dignidade do homem, reforçando que o objetivo principal deve ser a salvaguarda desses. Assim, em 1950, introduziu-se o § 136, *a*, ao código de processo penal alemão (*Strafprozessordnung*), excluindo expressamente os maus-tratos, a aplicação de sofrimentos físicos, ou substâncias que alterem, reduzam ou oprimam a capacidade de discernimento do indivíduo, bem como toda forma de violência moral, e a utilização em juízo das provas proibidas. (AVOLIO, 2010).

Na Itália, ao seu turno, quando da apreciação do caso “Vigo X Formenti”, a Corte de Apelação de Milão reprovou o apossamento de cartas de propriedade de outrem, negando a possibilidade do uso de tais escritos para provar a pretensão creditória, caracterizando o ato da parte como arbitrário. Assim, parte da doutrina passou a adotar a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas, merecendo grande destaque os ensinamentos de Nuvolone. Da mesma forma, Espanha, França e Portugal rechaçam a possibilidade de utilização de provas ilícitas, cada qual ao seu fundamento. (AVOLIO, 2010).

Os mencionados posicionamentos certamente influenciaram, de alguma forma, a legislação pátria, mas foi na regra da exclusão norte-americana (*exclusionary rule*) que o legislador brasileiro mais se apoiou para dar origem ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, tal como ora positivado no País.

3.2 A EXCLUSIONARY RULE

A gênese do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas encontra-se, como dito, no processo penal dos Estados Unidos da América. A *exclusionary rule* (regra da exclusão), assim como no Brasil, trata-se de uma norma que visa à proteção de direitos constitucionais, delineando que não são admissíveis no processo determinadas provas (ilícitas). A regra está ligada diretamente ao que dizem a Quarta, a Quinta e a Sexta Emendas à constituição norte-americana. (AVOLIO, 2010).

O teor da Quarta Emenda relaciona-se à inviolabilidade das pessoas, de suas casas e papéis, ao dispor que somente serão feitas buscas e apreensões se houver razão para tanto e com o devido mandado descrevendo adequadamente o objeto da diligência¹⁴. A Quinta Emenda, ao seu turno, diz respeito ao devido processo legal¹⁵ e o direito ao silêncio, ao passo em que a Sexta Emenda refere-se aos direitos de ampla defesa, julgamento justo e assistência judiciária¹⁶. (EUA, 2012).

Alguns estados americanos isoladamente já haviam, conjugando as mencionadas emendas, adotado de alguma forma a *exclusionary rule*, mas foi no ano de 1914, no caso *Weeks v. United States*, que a Suprema Corte dos Estados Unidos anunciou uma versão robusta da regra, instituindo o seu uso em nível federal. No referido julgado, policiais federais

¹⁴ Amendment IV – The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. (EUA, 2012).

¹⁵ Amendment V – No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation. (EUA, 2012).

¹⁶ Amendment VI – In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense. (EUA, 2012).

entraram na residência de Weeks, sem mandado, e apreenderam determinados documentos pessoais. Diante disso, a Corte entendeu que houve flagrante violação à Quarta Emenda e determinou a devolução dos documentos à parte, considerando-os, portanto, provas obtidas de forma irregular. (JUSTIA, 1914).

A despeito da adoção em nível federal, as cortes estaduais americanas resistiam à adoção da *excursionary rule*. Destarte, anos depois, em 1961, no caso *Mapp v. Ohio*, a Suprema Corte estendeu a aplicação da regra aos processos estaduais, aduzindo que todas as provas obtidas a partir de buscas e apreensões com violação constitucional são inadmissíveis em uma corte estadual. (FEITOZA, 2008).

Até o caso *Mapp v. Ohio*, cinco fundamentos surgiram para a exclusão de provas ilícitas: 1) as implicações da 5ª Emenda; 2) a necessidade de impedir uma violação continuada à privacidade individual por meio da introdução da prova ilícita; 3) as implicações naturais do direito de recurso; 4) o imperativo da integridade judicial; 5) a necessidade de dissuadir (prevenir) futuras violações. Desde o caso *Mapp v. Ohio*, os três primeiros foram completamente rejeitados pela Suprema Corte, o quarto passou a ter uma importância claramente secundária e o quinto emergiu como razão crucial. (FEITOZA, 2008, p. 193).

De fato, se um policial obtiver uma prova a partir de uma busca e apreensão sem mandado, ou violando de alguma forma o domicílio do acusado, e essa prova for prontamente descartada, por constituir prova ilícita, isso, em tese, servirá para dissuadir o policial de tentar, das próximas vezes, agir da mesma forma, tendo em vista que todo o seu esforço, ainda que bem intencionado, de nada adiantará.

A regra da exclusão norte-americana, no entanto, não é aplicada de maneira absoluta; ela contém, em seu bojo, determinadas limitações. (FEITOZA, 2008). A respeito disso, a Suprema Corte dos Estados Unidos, afirmou, no julgamento de *United States v. Leon*, que se deve rejeitar a aplicação indiscriminada da *exclusionary rule*, salientando, ainda, que saber se a sanção da exclusão foi apropriadamente imposta em um caso específico é uma questão distinta de saber se foram violados pela polícia os direitos (da Quarta Emenda) da parte que invocou a aplicação da regra em estudo¹⁷. (JUSTIA, 1984).

As limitações existentes são, entre outras, as seguintes: a prova ilegal obtida por um particular pode ser admitida, já que a Quarta Emenda aplica-se especificamente a agentes públicos; a regra não pode ser invocada para resguardar direitos constitucionais de terceiros, apenas de quem a invoca; se a prova fosse, muito provavelmente, ser descoberta de outro modo (legalmente) – trata-se da *inevitable discovery*, que será abordada detalhadamente em

¹⁷ Whether the exclusionary sanction is appropriately imposed in a particular case is an issue separate from the question whether the Fourth Amendment rights of the party seeking to invoke the rule were violated by police conduct. (JUSTIA, 1984).

tempo oportuno; ou se for o caso de boa-fé da autoridade policial (*good faith exception*). (BEDÊ JR; SENNA, 2009).

A exceção da boa-fé foi criada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *United States v. Leon*, em 1984, quando aquele tribunal entendeu que não se deveria excluir uma prova obtida por policiais que atuaram com confiança razoável em um mandado de busca e apreensão expedido por um juiz imparcial, mas considerado por fim como não fundado nos indícios necessários à sua expedição. É aplicável a *good faith exception*, portanto, nas hipóteses em que o policial promovesse uma apreensão ilícita, porém atuando na crença da boa-fé de que estava agindo em conformidade com o direito e tendo motivos razoáveis para tal crença. São necessários, dessa forma, os requisitos da boa-fé e da crença razoável na legalidade da conduta. Essa limitação, contudo, não é amplamente adotada. Benjamin Cardozo, um dos mais influentes juristas daquele país, por exemplo, opõe-se fortemente à regra, afirmando que, devido a ela, um criminoso há de ficar livre porque um policial errou. (FEITOZA, 2008).

3.3 A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO BRASIL

Antes da Constituição de 1988, os juristas dividiam-se em duas correntes, no que dizia respeito à admissibilidade processual das provas ilícitas, tendo destaque o entendimento de que eram sim admissíveis.

Nesse sentido, Avolio (2010) menciona que autores como Yussef Cahali e Washington de Barros Monteiro julgavam irrelevante o modo pelo qual se obteve a prova, devendo o magistrado aproveitar o seu conteúdo de qualquer maneira. José Rubens Machado de Campos, semelhantemente, aduzia não se admitir mais uma proteção absoluta à intimidade, quando esta estiver em confronto com a ordem pública e liberdades alheias. Na jurisprudência, o Ministro Cordeiro Guerra asseverava ser admissível a apreciação em juízo de uma confissão extrajudicial, ainda que obtida mediante coação; pune-se o autor do ilícito, mas a prova é válida.

Ainda previamente à atual Constituição, Ada Pellegrini Grinover, na obra *Liberdades públicas e processo penal*, menciona que as Mesas de Processo Penal, atividade ligada ao Departamento de Direito Processual, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, posicionaram-se pela inadmissibilidade das provas ilícitas, redigindo três súmulas:

Súmula 48 – Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material.

Súmula 49 – São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa.

Súmula 50 – Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa. (AVOLIO, 2010, p. 97).

A partir da Constituição Federal de 1988, o tema das provas ilícitas ganhou mais robustez, alcançando novas dimensões no direito brasileiro. Isso porque, o que antes era somente um apanhado de jurisprudências e excertos doutrinários foi elevado à condição de norma constitucional, tendo em vista que o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente foi positivado no art. 5º, LVI, da Lei Maior¹⁸.

O mencionado dispositivo constitui cláusula pétrea da nossa Carta Magna, pertinente aos direitos e garantias fundamentais. Consoante Carvalho (2011), o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal 307-3-DF, já havia definido que a prova ilícita é inidônea e imprestável, não se revestindo de qualquer aptidão jurídico-material e, portanto, destituída de qualquer grau de eficácia jurídica.

Dessa forma, registrou-se de uma vez por todas que o direito à prova, embora esteja assegurado constitucionalmente, não é absoluto. Suas limitações demonstram que, mesmo sendo necessário buscar a *verdade real*, não se pode passar por cima de direitos e garantias constitucionais para alcançar o fim visado. (SILVA, 2002).

A norma constitucional, além de uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, cumpre relevantíssima função no processo penal: *a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção*. (OLIVEIRA, 2010, p. 303). Tutelam-se, assim, direitos e garantias individuais, mormente os direitos à intimidade, à privacidade, à imagem e à inviolabilidade do domicílio, mais comumente atingidos em investigações.

Na mesma linha lecionam Souza e Silva (2008), afirmando que a inserção expressa da vedação serve para dar fim às práticas afrontosas às garantias individuais utilizadas na coleta de provas, com sua posterior introdução e utilização no processo, bem como para dar dois recados: o primeiro, aos órgãos produtores de provas, que esforços ilícitos

¹⁸ Art. 5º [...]:

[...]

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (BRASIL, 1988).

serão em vão; o segundo, à sociedade, dando a ideia de que não pode vigorar a máxima de que os fins justificam os meios, sendo imperioso que prevaleça a ética no processo penal.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos (*apud* CAPEZ, 2010, p. 345),

[...] provas obtidas por meios ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico. Esses requisitos possuem a natureza formal e a material. A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem. Já a licitude material delinea-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório [...].

O art. 5º, LVI, da Constituição Federal, deixa claro que se veda a obtenção da prova por meio ilícito, e não somente a prova ilícita, já que o direito não precisa dizer que proíbe o ilegal. Veda-se, assim, o depoimento colhido por *lie detector* (detector de mentiras), tortura ou qualquer outro meio degradante, além das interceptações telefônicas ilegais. (RANGEL, 2009). De acordo com Lopes Jr. (2011), todavia, trata-se de mera norma geral, que simplesmente menciona *processo* sem, contudo, distinguir o civil do penal. Exige-se, portanto, uma interpretação adequada às peculiaridades do processo penal e às demais normas constitucionais que o regulam.

Seja como for, a maior parte da doutrina afirma que não se coaduna com o devido processo legal, nem com limites éticos, a validade de um julgamento fundado em provas ilicitamente obtidas.

Interessante, ainda, observar que o que é vedado pela Constituição é a *admissão* de tais provas no processo. Como já explicado anteriormente, o procedimento probatório possui quatro etapas: a proposição, a admissão, a produção e a valoração das provas; a vedação situa-se, portanto, no plano da segunda etapa. Se admitida, a prova ilícita não deve ser valorada pelo juiz, já que é como se não existisse no plano jurídico. Caso seja valorada, a sentença é nula e deve ser cassada. (RANGEL, 2009).

Consoante Souza e Silva (2008), entende-se a proibição de captação da prova como uma vedação de uma averiguação fática a partir de meios ilícitos, bem como a não admissível introdução desse tipo de prova no bojo do processo. A proibição de utilização da prova, de outra banda, veda que se deem efeitos úteis à prova ilícita, determinando-se que tal elemento probatório não pode fazer parte da convicção do julgador e, conseqüentemente, fundamentar decisões judiciais. Nesse sentido, o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, proíbe tanto a inserção da prova ilícita no processo, quanto sua utilização na formação do juízo sobre o fato.

Para que um ato judicial possa produzir seus efeitos, é necessário que ele tenha sido praticado com perfeição, sob pena de ser declarado inválido ou ineficaz. Assim, Gomes

Filho (*apud* SILVA, 2002) discorrendo sobre o assunto, diferenciou a inadmissibilidade da nulidade ao dizer que enquanto esta é pronunciada em um julgamento posterior à realização do ato, em que se conhece sua irregularidade e, por conseguinte, declara-se sua invalidade e ineficácia, a inadmissibilidade decorre de uma apreciação prévia, feita com vistas a impedir que a irregularidade se consuma. A inadmissibilidade busca, portanto, evitar o ingresso no processo de uma ação irregular, ao passo que a nulidade serve para expulsar uma ação irregular já ingressada no processo.

Destarte, o princípio em estudo veda a juntada aos autos de uma prova obtida por meio ilícito, competindo ao magistrado ser o responsável por tal fiscalização e não permitir que a prova inadmissível componha o processo.

Todavia, sem dúvida houve e haverá casos em que provas ilícitas são admitidas e valoradas equivocadamente. Cumpre, nesse caso, verificar quais as consequências processuais que podem ocorrer. A violação de uma norma constitucional implica a nulidade absoluta do ato violador. Nula a prova, fica impossibilitada de produzir quaisquer efeitos; diante disso, a utilização de uma prova ilícita acarreta necessariamente a nulidade absoluta desse ato. *Assim, se foi prolatada uma sentença que se utilizou da prova inadmissível em sua motivação, essa sentença seria nula. Porém, a prova inadmissível nem sequer é prova, é uma não-prova. De tal sorte, a sentença não seria nula, mas inexistente.* (SILVA, 2002, p. 29).

O citado autor continua, aduzindo que, caso uma sentença leve em consideração prova ilícita, cabe ao Tribunal, em grau de recurso, desconsiderá-la e julgar o feito como se ela não existisse. Tendo havido o trânsito em julgado da decisão condenatória, seria possível a desconstituição do julgado por meio de revisão criminal. Menciona, ainda, a possibilidade de se utilizar o *habeas corpus* para anular a sentença – com fulcro no art. 648, do Código de Processo Penal –, a fim de que uma nova seja prolatada.

Para Feitoza (2008), trata-se de uma “inexistência relativa qualificada”. A inexistência seria *relativa*, já que se refere apenas ao processo em que foi produzida, como se a prova ilícita não existisse, e *qualificada* em função do desentranhamento – o qual será abordado adiante. Uma “sentença” sem dispositivo, por outro lado, seria inexistente, mas continuaria nos autos, bastando apenas que uma verdadeira sentença fosse prolatada.

Bedê Júnior e Senna (2009) frisam que o fato de existirem provas ilícitas em um processo não o anula por completo. A prova ilícita não poderá ser utilizada para fundamentar a decisão, de modo que, se somente existirem provas ilícitas nos autos é mister que se absolve o réu por falta de provas. Contudo, posto que haja uma prova ilícita, se coexistirem provas válidas que possam servir de suporte à condenação, esta será viável.

3.4 PROVA ILÍCITA *VERSUS* PROVA ILEGÍTIMA

No estudo das provas ilícitas, percebe-se que a maior parte dos autores faz questão de mencionar as diferenças existentes entre as provas ilícitas e as provas ilegítimas, ambas espécies do gênero das provas proibidas ou vedadas.

Assim é que, para Capez (2010), quando se estiver afrontando norma de natureza processual, a prova vedada será ilegítima. Nesse sentido, é prova ilegítima o documento exibido em plenário do Júri, sem a antecedência de três dias, nos termos do art. 479, do Código de Processo Penal¹⁹, e o depoimento prestado com violação à regra do sigilo profissional, por exemplo.

Já as provas produzidas em contrariedade a normas de direito material serão chamadas de ilícitas. Encaixam-se nesse conceito quando forem produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, por exemplo, ou contrariando normas constitucionais. Diante disso, tais provas não poderão ser admitidas no processo penal.

Para Capez (2010), contudo, a reforma processual penal da Lei n. 11.690/2008, a qual será comentada adiante, distanciou-se da doutrina e da jurisprudência pátrias, já que concebeu como prova ilícita tanto a que viole disposições materiais como processuais. Tal entendimento é compartilhado por Souza e Silva (2008) e Carvalho (2011).

Segundo Lopes Jr. (2011), é preciso distinguir a prova ilegal, da ilícita e da ilegítima. Em primeiro lugar, a prova ilegal é o gênero, da qual são espécies as outras duas. A prova ilegítima ocorre quando há violação de regra de direito processual no momento da sua produção em juízo. A proibição possui natureza exclusivamente processual quando for imposta em razão de interesses concernentes à lógica e à finalidade do processo. Já a prova ilícita é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição quando da sua coleta, que pode ser anterior ou concomitante ao processo, mas sempre fora deste.

Para o mencionado autor persiste e é necessária a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, por entender que o art. 157, do Código de Processo Penal, ocupou-se apenas das primeiras, uma vez que se referiria somente às normas legais de direito material. Além disso, a distinção seria mais relevante ao se considerar que as provas ilícitas não são passíveis de

¹⁹ Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte. (BRASIL, 1941).

repetição, já que o vício está no momento em que foi obtida, ao passo que para as ilegítimas há a possibilidade de repetição do ato.

Feitoza (2008), de maneira semelhante, entende que a expressão *normas legais*, constante no art. 157, do Código de Processo Penal, deve ser entendida de maneira restritiva. Nesse sentido, elabora a seguinte divisão:

- a) provas ilícitas são as que violam:
 - a.1) normas constitucionais, de direito constitucional tanto material quanto processual;
 - a.2) normas legais, de direito infraconstitucional material;
- b) provas ilegítimas são as que violam normas legais de direito infraconstitucional processual;
- c) provas ilícitas e ilegítimas simultaneamente são as que violam, simultaneamente, normas constitucionais (materiais ou processuais) e normas infraconstitucionais processuais. (p. 191).

Para aquele autor, apenas violações muito graves a normas constitucionais justificariam que fossem consideradas como provas ilícitas, sujeitas à inadmissibilidade, ao desentranhamento e à destruição. As provas ilegítimas comuns, do contrário, devem ser resolvidas pelo sistema das nulidades.

De acordo com Rangel (2009), são provas ilícitas, por violar direito material, entre outras, as obtidas com violação ao domicílio, as que contrariem o sigilo das comunicações telefônicas, sem ordem judicial, e as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos. As ilegítimas, ao seu turno, são as vedadas diretamente pela lei processual, tal como o depoimento prestado pelas pessoas proibidas de depor.

Há, todavia, outra categoria, que seria a das provas irregulares, entendidas como as que, embora admitidas (não proibidas) pela lei processual, tenham deixado de cumprir determinadas formalidades para que sejam válidas. Assim, a busca e apreensão domiciliar, por exemplo, é permitida, mas o mandado deve conter todos os requisitos exigidos pela lei processual. Desse modo, se não houver no mandado o motivo e os fins da diligência, e esta for cumprida, haverá a colheita de prova irregular, vício que implica a sanção de nulidade do ato. Outra hipótese é o depoimento de testemunha parente de réu, sem a advertência de que não está compromissada a dizer a verdade.

Merece destaque, também, a posição de Oliveira (2010, p. 324):

Ainda segundo a doutrina, as provas ilícitas seriam aquelas obtidas com violação ao direito material, enquanto as provas ilegítimas receberiam tal definição por violarem normas de Direito Processual.

A distinção pode ser pertinente unicamente para facilitar a compreensão do que sejam os momentos de obtenção, introdução e produção e, ainda, de valoração da prova. Quanto às consequências jurídicas, porém, não tem qualquer utilidade.

[...]

Seja como for, uma (prova ilícita) e outra (prova ilegítima) são inadmissíveis no processo.

Observa-se, assim, haver nítida divisão entre a doutrina no que diz respeito à utilidade da distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas. Nesse contexto, ora se aplica às ilegítimas o sistema das nulidades, ora estão todas sujeitas ao regime da inadmissibilidade.

3.5 O ART. 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O tratamento que deve ser dado às provas ilícitas, no Código de Processo Penal, é regido pelo art. 157, cuja redação do *caput* e inclusão dos parágrafos foi promovida pela Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. Assim, passou a dispor a referida norma:

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

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

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

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (BRASIL, 2008a).

Inicialmente, explica-se que os parágrafos 1º e 2º serão comentados em período posterior, quando se abordar o tema das provas ilícitas por derivação. Por ora, abordaremos apenas as demais partes do dispositivo legal.

Vinte anos após a positivação constitucional do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, o legislador fez chegar à lei processual penal a matéria, explicando *um pouco* melhor o que deve ser feito quando tentarem adentrar ao processo provas ilícitas.

Em primeiro lugar, merece destaque, no *caput*, o trecho *assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*. Enquanto a Constituição apenas se referiu às provas ilícitas, sem, contudo, esclarecer quais são elas, a Lei n. 11.690/08 tratou de expandir a abrangência daquelas, indicando, corretamente, que não são apenas as violações à Lei Maior que são capazes de fulminar a admissibilidade de uma prova. Todavia, permanece a discussão doutrinária acerca da expressão *legais*, conforme já comentado no item retro,

mormente se o termo abarca também as provas que violem norma processual, ou seja, as denominadas provas ilegítimas. Acredita-se que sim e, portanto, segue-se a corrente que entende não subsistir diferença prática entre as provas ilícitas e ilegítimas, uma vez que todas serão filtradas e fiscalizadas, pelo magistrado, da mesma maneira.

Cuida-se agora da determinação legal sobre o que deve ser feito com a prova ilícita inadmitida. De acordo com a primeira parte do mencionado art. 157, qualquer prova ilícita, seja ela criminosa (por infringir normas penais da Constituição ou de leis ordinárias), seja ilegítima – por ter sido obtida com violação de preceitos processuais –, será inadmissível e, por conseguinte, deve ser desentranhada do processo. (CARVALHO, 2011). Tal ato objetiva acabar com a possibilidade de consulta àquela prova.

A nova lei institucionalizou o conceito de prova ilícita enunciado pela doutrina (provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais), a par de sacramentar a consequência da sua inadmissibilidade com a sanção do seu desentranhamento. Confirmou o legislador, mais uma vez, a posição doutrinária mais difundida, de que a prova ilicitamente obtida deveria ser considerada inexistente. (AVOLIO, 2010, p. 111).

Já o parágrafo 3º, do artigo em questão, determina o que deve ser feito após a decisão de desentranhamento da prova: trata-se do incidente de inutilização de prova ilícita, que terá lugar após a preclusão daquela decisão, e o qual é facultado às partes acompanhar.

O comentado § 3º, contudo, nada diz acerca do momento em que deverá ter lugar o desentranhamento. De acordo com Oliveira (2010), a apreciação da ilicitude da prova e seu desentranhamento devem ocorrer antes da audiência de instrução, ou seja, após a resposta à acusação, se a prova houver sido juntada em momento anterior. Caso seja apresentada em audiência, a questão deve ser apreciada de imediato. Além disso, a inutilização dependerá da existência de possíveis consequências jurídicas a quem produziu a prova, já que, caso esta seja a materialidade de outro ilícito, deverá ser preservada.

Questão processual interessante é acerca de qual o recurso cabível contra a mencionada decisão. Ante a omissão do legislador, Borges de Mendonça cogita a interposição de recurso em sentido, a partir de uma interpretação extensiva do inciso XIII, do art. 581, do Código de Processo Penal, diante de uma decisão que anula *o processo da instrução criminal, no todo ou em parte*. É sugerido, também, o manejo de *habeas corpus* ou, caso seja determinada a destruição da prova antes de preclusa a matéria, do mandado de segurança, com pedido de liminar. Nucci, ao seu turno, propõe a apelação, por considerar que se está atacando uma decisão com força de definitiva, a qual põe fim a uma controvérsia. Já Ivan

Luís Marques da Silva aduz não haver recurso previsto, cabendo à defesa impetrar *habeas corpus* e a acusação o mandado de segurança. (CARVALHO, 2011).

Na primeira hipótese, de exame e decisão de desentranhamento antes da audiência, o recurso cabível será o de recurso em sentido estrito; durante a audiência, o recurso será de apelação, se e somente se a sentença for proferida em audiência. Nesse caso, não se exigirá a apresentação de dois recursos, mas apenas o de apelação (art. 593, § 4º, CPP). A decisão que não reconhece a ilicitude da prova é irrecurável, o que não impede seja reapreciada a matéria por ocasião de eventual recurso de apelação. (OLIVEIRA, 2010, p. 304-305).

Indispensável comentar, por fim, que o Projeto de Lei n. 4.205/2001, que deu origem à Lei n. 11.690/08, previa um parágrafo 4º, com a seguinte redação: *O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão*. Trata-se de interessante proposta, que visava afastar qualquer possibilidade de a prova ilícita afetar a consciência do magistrado, o qual, ao julgar, saberia da existência da prova, ainda que não pudesse usá-la em sua fundamentação. Todavia, tal dispositivo foi vetado pelo Poder Executivo²⁰, sob o argumento de que a medida prejudicaria a sempre pretendida celeridade processual, uma vez que o juiz que fez a instrução processual seria substituído por um magistrado que desconhece o caso, implicando tramitações e tempo para a compreensão do processo. (LOPES JR. 2011).

Souza e Silva (2008) entendem que a disposição não era, de fato, razoável e poderia causar sérios transtornos nos julgamentos pelos Tribunais, já que haveria uma série de impedimentos para julgar recursos posteriores, por parte daqueles que houvessem entrado em contato de alguma forma com aqueles arremedos de prova – por já haverem julgado algum recurso ou *habeas corpus*, por exemplo.

Para Avolio (2010), contudo, perdeu-se boa oportunidade de por fim aos abusos na produção de provas ilícitas, em nome da suposta defesa do interesse público. Com o veto do parágrafo 4º, resta, assim, a cada magistrado, analisando o caso concreto, avaliar a própria condição e invocar, se entender que sua convicção está contaminada, motivo de foro íntimo para se declarar suspeito para julgar a causa. Urge lembrar, de todo modo, que o convencimento do julgador só pode ocorrer de forma motivada, sendo possível, em tese, filtrar os fundamentos da sentença. (CARVALHO, 2011).

²⁰ Mensagem n. 350, de 9 de junho de 2008. (BRASIL, 2008b).

3.6 ILICITUDE POR VIOLAÇÃO AO SIGILO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

Um dos mais recorrentes problemas que causam a ilicitude da prova diz respeito às interceptações telefônicas. Isso porque, segundo o art. 5º, XII, da Constituição Federal, *é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal* (BRASIL, 1988). A interceptação das comunicações em geral, e principalmente as telefônicas, mereceu restrição constitucional por situar-se no campo dos meios probatórios com alto potencial de produzir danos sociais. (SOUZA; SILVA, 2008).

A lei a que se refere o inciso é a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Antes de sua edição, interpretando a norma e considerando a necessidade de lei que estabelecesse as hipóteses e a forma para a diligência, o Supremo Tribunal Federal já havia adotado o entendimento de que, enquanto a matéria não fosse regulamentada, todas as provas obtidas por interceptação telefônica, ainda que autorizada judicialmente, seriam inconstitucionais e, portanto, inadmissíveis, nos termos da própria Lei Maior.

Com o advento da norma, a impossibilidade de se autorizar a quebra do sigilo foi sanada, já que, segundo o art. 1º, *a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça*. (BRASIL, 1996). Cumpre analisar, agora, a que situações a Lei n. 9.296/96 é aplicada.

Consoante o escólio de Capez (2010), o já transcrito art. 1º fala em comunicações telefônicas de qualquer natureza, incluídas as transmissões de informações e de dados constantes de computadores e telemáticos, sendo que feitas por meio de cabos telefônicos (correio eletrônico, por exemplo). Pouco importa se a comunicação se concretiza por meio de fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, o que interessa é a constatação do envolvimento da telefonia, quer combinado com computadores, quer não. Para o dito autor, a possibilidade da quebra estende-se também à hipótese de

transmissão de dados (art. 1º, parágrafo único²¹), criando celeuma acerca de sua constitucionalidade, uma vez que a Constituição Federal teria previsto apenas a violação às comunicações telefônicas.

Segundo Capez (2010), Damásio de Jesus, opinando pela constitucionalidade da norma, diz que a Carta Magna não cometeria o descuido de permitir a interceptação apenas no caso de conversação verbal, proibindo-a nas hipóteses modernas. Caso contrário, para burlar a regra bastaria que se digitasse uma mensagem, em vez de falar. Já Vicente Greco Filho entende que deve ser feita uma interpretação restritiva do dispositivo, estando autorizada somente a interceptação de comunicações telefônicas, mas não a de dados ou de comunicações telegráficas.

O legislador, com o dispositivo em questão, pretendeu combater os crimes da era moderna. Analisando gramaticalmente a Constituição, estaria autorizada apenas a quebra do sigilo telefônico, como delineiam Grinover e Gomes Filho; no entanto, a criminalidade organizada, que comete os *crimes de colarinho branco*, reclama um combate mais eficaz, com uso de meios modernos. Além disso, outros crimes graves na quase totalidade das vezes só podem ser esclarecidos mediante interceptações telemáticas e de dados, como é o caso na pornografia infantil na internet. (SILVA, 2002).

Apesar de demonstrar a existência de doutrina – a exemplo de Luiz Flávio Gomes e Geraldo Prado – que entende poder estender-se aos dados a violação ao sigilo, Avolio (2010) posiciona-se em sentido contrário. Para ele, aparelhos de *fax* e *modems* de computadores, conquanto se sirvam de linhas telefônicas, transmitem informações em forma de dados e, portanto, não podem ser entendidos como objeto da comunicação telefônica. Assim, privilegiando o direito à intimidade, entende que a Lei n. 9.296/96 deve ficar restrita às conversas telefônicas, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, a partir do princípio da proporcionalidade, o magistrado legitimar a intrusão em outro meio de comunicação, fundamentando sempre a sua decisão.

²¹Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. (BRASIL, 1996).

3.6.1 O termo *interceptação* e o alcance da Lei n. 9.296/96

Com o fito de compreender os motivos da ilicitude da prova relacionada às interceptações telefônicas, é mister que se analisem as espécies destas, para que se descubra qual o alcance do termo *interceptação*.

Interceptação provém de interceptar, interferir, colocar-se entre duas pessoas, alcançando a conduta de terceiro estranho que se intromete e capta o assunto tratado entre os interlocutores. (CAPEZ, 2010).

Juridicamente, as interceptações, *lato sensu*, podem ser entendidas como ato de interferência nas comunicações telefônicas, quer para impedi-las – com consequências penais – quer para delas apenas tomar conhecimento – nesse caso, também com reflexos no processo.

Grevi definia as interceptações telefônicas como operação limitadora das comunicações telefônicas, sob dois enfoques: da liberdade (através do impedimento ou desvio) e do sigilo (através da escuta e do conhecimento). (AVOLIO, 2010, p. 117).

Visando à definição acerca da ilicitude da prova, a doutrina costuma dividir as interceptações telefônicas (ou captação de comunicação) em cinco espécies: interceptação telefônica em sentido estrito; escuta telefônica; interceptação ambiental; escuta ambiental; e gravação clandestina.

A interceptação telefônica em sentido estrito caracteriza-se pela captação de conversa telefônica, por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores. É o chamado *grampeamento*, no qual se interfere nas linhas telefônicas que se quer controlar. A escuta telefônica, por sua vez, é modalidade semelhante à anterior – igualmente realizada por terceiro –, porém com o consentimento de um dos interlocutores. A escuta telefônica tem lugar, por exemplo, quando os familiares de uma pessoa sequestrada autorizam a polícia a fazer o controle da linha telefônica pela qual os sequestradores mantêm contato.

A interceptação ambiental ocorre quando um terceiro capta a conversa entre interlocutores, sem que estes saibam, dentro do próprio ambiente onde a conversa se dá. Não difere em muito, portanto, da interceptação telefônica em sentido estrito. Já a escuta ambiental trata-se da interceptação (gênero) de conversa entre presentes, efetuada por terceiro, com o conhecimento de pelo menos um dos interlocutores e no mesmo ambiente que estes. (AVOLIO, 2010).

Se o emitente da mensagem tem conhecimento da presença e identidade de um terceiro, não há violação ao direito de segredo e, por conseguinte, não há interceptação. Da

mesma forma esta não ocorre se um terceiro, ignorado pelos participantes da conversa, escuta uma comunicação que poderia ser perceptível por qualquer circunstância, pois, neste caso, falta o requisito da violação do direito à reserva da comunicação. (CAPRIOLI, 1990, *apud* AVOLIO, 2010).

Por fim, há as gravações clandestinas, as quais são praticadas pelo próprio interlocutor, ao gravar sua conversa, sem que a outra parte saiba. Nessa modalidade, portanto, não se verifica a presença de um terceiro; por essa razão, Avolio (2010), entende que não se pode enquadrá-la no conceito de interceptação. As gravações clandestinas poderão ser referentes a uma conversa telefônica – gravação clandestina propriamente dita – ou de uma conversa entre presentes, caso em que se denomina gravação ambiental.

Rabonese (*apud* SILVA, 2002, p. 49-50), assim sintetizou a questão:

A gravação clandestina consiste no ato de registro de conversação própria por um de seus interlocutores, sub-repeticivamente, feita por intermédio de aparelho eletrônico ou telefônico (gravação clandestina propriamente dita) ou no ambiente da conversação (gravações ambientais).

Já a interceptação é sempre caracterizada pela intervenção de um terceiro na conversação mantida entre duas pessoas: se a interceptação for realizada em conversação telefônica, e um dos interlocutores tiver conhecimento, caracteriza-se a escuta telefônica; se não houver o conhecimento por parte dos interlocutores, evidencia-se a interceptação *stricto sensu*; se a interceptação for feita entre presentes, com conhecimento de um dos interlocutores, caracteriza-se a escuta ambiental, ao passo que se for sem o conhecimento, será considerado como interceptação ambiental.

Segundo o entendimento de Capez (2010), tanto à interceptação telefônica em sentido estrito quanto à escuta telefônica são aplicáveis as regras da Lei n. 9.296/96 – que, se não forem respeitadas, causarão a ilicitude da prova. O mesmo não se pode dizer sobre as gravações clandestinas, as quais são, em regra, provas lícitas, fora da disciplina da referida lei. Entretanto, não deverão ser admitidas quando afrontarem outra garantia, como a inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X, da Constituição²²). Assim, se o conteúdo for muito acintoso, a prova poderá ser reputada ilícita. No que diz respeito à interceptação e à escuta ambiental, igualmente assevera não estarem adstritas à lei que regula as interceptações telefônicas. Desse modo, se a conversa não era reservada, nenhum problema haverá àquela

²² Art. 5º [...]:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

prova; de outra banda, se a conversação era reservada, caracteriza-se ofensa ao direito à intimidade, fazendo com que a prova seja ilícita.

O autor menciona, como exceção, os casos de investigação de crimes praticados por organizações criminosas, ocasiões em que, por força do art. 2º, IV da Lei n. 9.034/95, são lícitas toda e qualquer captação e interceptação *ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial* (BRASIL, 1995). Cita, ainda, o posicionamento de Damásio de Jesus, para quem, via de regra, a gravação clandestina é ilícita.

Para Avolio (2010), o legislador ordinário cuidou de regulamentar apenas a interceptação telefônica em sentido estrito, ignorando a modalidade da escuta telefônica – ainda que possa o magistrado autorizá-la. As interceptações ambientais, de igual modo, não se subsumiriam à Lei n. 9.296/96. A seu favor, aponta o entendimento de Vicente Greco Filho, que considera as gravações clandestinas e as escutas irregulamentáveis no âmbito do art. 5º, XII, da Constituição Federal, estando a licitude daquelas sujeitas ao confronto com o direito à intimidade, se existente.

No âmbito das gravações clandestinas, Avolio (2010) afirma ser direito de toda pessoa gravar a sua própria conversa, de modo que seu resultado pode ser validamente admitido no processo, desde que não configure prova ilícita, ou seja, contanto que não viole princípios e garantias constitucionais ou outros preceitos de direito material. De igual forma se pode analisar a licitude das interceptações ambientais, em regra.

3.6.2 Os requisitos do art. 2º

Visando à definição das hipóteses em que é cabível a interceptação telefônica, o legislador ordinário positivou, no art. 2º, da Lei n. 9.296/96, os requisitos para que se possa efetuar o ato – ainda que tenha tratado, na verdade, das situações em que não se admite a interceptação. É a redação do referido dispositivo:

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

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

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

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

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. (BRASIL, 1996).

O inciso I demonstra a necessidade do *fumus boni iuris*, dispensando a certeza sobre o que se está afirmando; basta um juízo de probabilidade quanto à autoria e à materialidade do delito, para que se possa autorizar a interceptação. Na verdade, não poderia ser diferente, considerando que, por um lado, se fosse necessária a prova plena, talvez se prescindisse da interceptação, enquanto se não fosse exigida a indicação de um fato certo dar-se-ia margem a incontáveis abusos.

O inciso II, ao seu turno, consubstancia-se no *periculum in mora*, ou seja, o perigo de se perder a prova buscada, caso não se proceda à interpretação. Deve-se demonstrar, portanto, que a violação ao sigilo da comunicação é necessária no caso concreto ou se há maneiras menos invasivas de se obter a prova, e que não sejam de extrema dificuldade de produção.

No inciso III, verifica-se o requisito de que o crime seja punível com reclusão (ou não seja punido, no máximo, com detenção); com isso, procurou-se restringir o rol dos delitos em que a interceptação é viável. Embora tenha agido de boa-fé, talvez não tenha sido a melhor opção legislativa, já que se findou por deixar de fora casos nos quais, posto que não sejam puníveis com reclusão, a interceptação seria necessária – como no caso da contravenção do jogo do bicho ou em crimes de ameaça praticados por telefone. (AVOLIO, 2010).

O parágrafo único, por derradeiro, requer seja demonstrada com clareza a situação que se busca investigar, a fim de que não parem dúvidas sobre os limites objetivos e subjetivos da interceptação a ser realizada.

Cabe lembrar que o art. 1º, *caput*, da lei em comento, repetindo o que dispôs a Constituição Federal, repisou que a interceptação telefônica só é admissível para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Não é possível a quebra de sigilo, portanto, em uma ação de divórcio, por exemplo. (CAPEZ, 2010).

Ante as questões elencadas, constata-se que, em sendo aplicável a Lei n. 9.296/96, a não observância dos requisitos legais implicará invariavelmente a ilicitude da prova, a qual não será admitida e sofrerá as consequências do Código de Processo Penal, já comentadas. Às situações em que não se aplica a referida lei, a ilicitude da prova será analisada caso a caso, a

partir da verificação, pelo magistrado, da violação a princípios constitucionais ou outros direitos materiais assegurados em legislação ordinária.

3.7 ILICITUDE DA PROVA OBTIDA MEDIANTE TORTURA

Outra questão umbilicalmente ligada à licitude da prova é a sua obtenção por meio da tortura. A história do homem é marcada pela tortura, já que há registros de sua ocorrência desde a antiguidade, embora tenha atingido seu auge na Idade Média, particularmente com a Inquisição.

No entanto, tal prática cruel não ficou no passado; ainda hoje, sabe-se que, não raras vezes, e principalmente na fase pré-processual, faz-se o uso da tortura como método para obtenção de provas aptas a embasar uma condenação. No relatório da Anistia Internacional de novembro de 1999, há o registro de que policiais civis recorrem continuamente a tortura e maus tratos como forma de conseguir confissões, e que em uma visita surpresa a uma delegacia em Belo Horizonte foram encontrados, numa pequena casa de banho, fios desencapados para dar choques elétricos e uma trave de metal utilizada para suspender pessoas pelas pernas e pelos braços. (SOUSA; SILVA, 2008).

No relatório feito pela mesma organização, sobre o ano de 2011, consta que a prática da tortura ainda predominava no momento da prisão, nos interrogatórios e no período de detenção, não só em delegacias de polícia, mas também em penitenciárias de todo o País, revelando que a preocupação com o tema deve ser constante. (ANISTIA INTERNACIONAL, 2012).

A ilicitude, no plano constitucional, fica por conta da violação ao art. 5º, III, da Carta Magna²³, que proíbe a tortura, independentemente da finalidade. Vale lembrar que, pelo inciso XLIII, do mesmo artigo²⁴, erigiu-se à categoria de inafiançável e insuscetível de anistia ou graça a prática da tortura.

²³ Art. 5º [...]:

[...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (BRASIL, 1988).

²⁴ Art. 5º [...]

[...]

Em 28 de setembro de 1989, o Brasil ratificou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – promulgada pelo Decreto n. 40/91 –, a qual foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1984. A referida convenção, em seu art. 1º, estatuiu que:

1. Para os fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. (BRASIL, 1989).

No âmbito legal, a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, definiu quais são os crimes de tortura, consagrando o que a doutrina costuma chamar de tortura-prova no seu art. 1º, inciso I, *a*²⁵, ao afirmar que constitui crime constranger alguém, com emprego de violência ou grave ameaça, provocando sofrimento físico ou mental, visando à obtenção de informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceiro. (BRASIL, 1997b).

Deve-se, portanto, buscar afastar a irreal ideia de que *os fins justificam os meios*, presente, principalmente, em parte significativa do aparelho policial do nosso país. Cabe ao Estado – e principalmente ao Estado de Direito – abominar qualquer tentativa de burlar seus princípios, em detrimento das garantias individuais de seus membros. (SOUSA; SILVA, 2008).

Assim, considerando a afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, além do art. 5º, III, da Constituição, e de lei específica, e que constituem provas ilícitas aquelas produzidas em desconformidade com as normas materiais penais, reputa-se ilícita e, portanto, inadmissível no processo, a prova obtida por meio da tortura.

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (BRASIL, 1988).

²⁵ Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:
a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; (BRASIL, 1997b).

3.8 ILICITUDE NA BUSCA E APREENSÃO

Digna de nota, também, é a ilicitude da prova relacionada aos casos de busca e apreensão, tanto pessoal como domiciliar – previstas nos arts. 240 e seguintes, do Código de Processo Penal –, dados os constantes abusos cometidos na realização de tais diligências.

Primeiramente, cabe caracterizar, rapidamente, no que consiste a busca e apreensão. Embora disciplinados conjuntamente, a busca e a apreensão são atos que não se confundem. A busca é a pesquisa, a procura realizada pela autoridade competente, ou por ordem desta, de algum elemento importante à persecução penal, podendo ocorrer em pessoas ou lugares. A apreensão, por sua vez, geralmente é o ato subsequente à busca, que tem por fim tomar algo, desde que encontrado, de alguém ou de algum lugar, visando à produção de prova do delito. Na maioria das vezes, a busca antecede a apreensão; no entanto, pode ocorrer a busca sem a apreensão – se nada for encontrado – e a apreensão sem a busca – se o instrumento do crime for entregue espontaneamente, por exemplo. (DUTRA, 2007).

No que diz respeito à busca domiciliar, a Constituição Federal dispõe, em seu art. 5º, XI, que *a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*. (BRASIL, 1988). Do mencionado dispositivo extrai-se a necessidade de mandado para a realização da diligência, o qual deverá conter os requisitos do art. 243, da Lei Processual Penal²⁶.

Cumprido discorrer, nesse aspecto, sobre o conceito de *casa* adotado pela jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal, em 10/06/2008, no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) n. 93.050, de relatoria do Ministro Celso de Mello, definiu que a noção conceitual, ao abranger os espaços privados não abertos ao público, onde alguém exerce atividade profissional (art. 150, § 4º, III, do Código Penal), nestes compreende os escritórios

²⁶ Art. 243. O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

§ 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

§ 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito. (BRASIL, 1941).

profissionais, inclusive os de contabilidade, mesmo que sem conexão com a casa de moradia propriamente dita. (BRASIL, 2008c).

Na sessão de 03/04/2007, aquela Corte, julgando o HC 90.376, também de relatoria do Ministro Celso de Mello, já havia declarado que o conceito normativo de *casa* revela-se abrangente e, estendendo-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (art. 150, § 4º, II, do Código Penal), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel, pensão, motel e hospedaria. (BRASIL, 2007).

Destarte, a busca e apreensão realizada de modo a violar o domicílio do investigado, bem como aquela promovida sem o devido mandado, salvo em caso de flagrante delito, inevitavelmente deverá ser declarada ilícita e, por conseguinte, as provas nela obtidas não poderão ser admitidas nos autos. Será igualmente ilícita a diligência se, apesar de haver mandado, este não mencionar o motivo e os fins visados, por exemplo, ou se não for assinado pela autoridade competente.

É fundamental atentar-se, ainda, ao art. 5º, X, da Lei Maior, o qual garante os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. A divulgação do encontro de coisas ou objetos não relacionados ao fato investigado, expondo a intimidade do proprietário, bem como intromissões desarrazoadas ou arbitrárias que acarretem dano à dignidade da pessoa implicarão a ilegalidade da busca e apreensão. (DUTRA, 2007).

3.9 ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA FRENTE À TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Já se demonstrou que, em regra, não são admissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos, sejam estes contrários a normas de direito material ou processual. Todavia, é praticamente unânime a doutrina ao declarar a admissibilidade da prova, ainda que obtida ilicitamente, quando se pretender utilizá-la em benefício do réu, aplicando-se, para isso, o princípio da proporcionalidade.

A teoria da proporcionalidade, neste particular, consiste numa construção doutrinária e jurisprudencial realizada nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, diante da vedação constitucional, que se escolha, no caso concreto, entre os valores postos em confronto, qual deve ser prestigiado. (AVOLIO, 2010). Isso

reforça a ideia de que, em nosso ordenamento jurídico, nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto, havendo sempre a possibilidade de que seja relativizado em prol de outro de igual ou maior valor.

Para Silva (2002), a vedação às provas ilícitas trata-se de uma garantia do particular contra o Estado-persecutor; assim, aquelas não poderiam ser utilizadas apenas pelo Estado em desfavor do réu. Nesse sentido, o princípio do devido processo legal, englobando contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, legalidade e outros, sobrepõe-se à norma que proíbe as provas ilícitas, quando estas forem usadas em favor do acusado.

Em nome do princípio da proporcionalidade, a prova ilícita em favor da defesa vem sendo cada vez mais aceita. Para favorecer a acusação, no entanto, o entendimento majoritário é de que não é possível transigir quando se trata de direitos fundamentais, pois isso seria o passo inicial para a legalização do abuso e da ditadura. Assim, por mais intencionados que estejam os defensores da utilização da prova ilícita pela condenação, o alto risco de abusos favorecem a não aplicação da tese. É o preço que se paga para viver em um Estado Democrático de Direito. (BEDÊ JR; SENNA, 2009).

No entendimento de Lopes Jr. (2011), a prova ilícita pode ser valorada quando se revelar a favor do réu, quando este, injustamente acusado de um crime que não cometeu, violar, por exemplo, o direito à intimidade, à imagem, à inviolabilidade do domicílio ou das comunicações de outrem, a fim de provar sua inocência. Isso porque a condenação de um inocente feriria de morte o valor *justiça*, além de o réu estar amparado pelas excludentes da legítima defesa, do estado de necessidade (excluindo a ilicitude) ou pela inexigibilidade de conduta diversa (excluindo a culpabilidade). A aplicação do princípio da proporcionalidade em favor da acusação, por outro lado, seria altamente perigoso, caracterizando um grave retrocesso lançar mão desse conceito jurídico indeterminado para restringir direitos fundamentais.

Oliveira (2010) considera, inicialmente, que não há dúvidas quanto à possibilidade de utilização de prova ilícita se o agente, quando as obtiver, atuar movido por situações amparadas por excludentes de ilicitude ou se for caso de flagrante delito. Nesses casos a ponderação de princípios teria sido feita pelo próprio legislador, ao positivizar constitucionalmente tais hipóteses.

Diante disso, segundo aquele autor, a questão que preocupa está em saber se é possível aproveitar provas ilícitas em favor da acusação, diante do princípio da

proporcionalidade – já que para a defesa seria sempre possível. A resposta seria *sim*, para o autor, quando não se puder falar no aumento ou estímulo da prática de ilegalidades por parte dos agentes produtores da prova, como no caso em que um terceiro ingressa no domicílio de alguém que tenha cometido crimes de pedofilia e, portanto, tenha guardadas fotografias de crianças nuas. Em tal situação, em tese, não haveria o incremento das atividades policiais abusivas, pois quem produziu a prova foi um particular, o qual, à evidência, não se dedica a essa função²⁷.

Moreira (1997) entende ser aplicável o princípio da proporcionalidade, tanto em favor da acusação como da defesa, com fundamento no princípio da isonomia. Em regra a defesa dispõe de menos recursos que a acusação, de modo que, para se garantir a igualdade de armas, é possível admitir provas ilícitas em favor do réu. Contudo, por vezes a criminalidade organizada é superior às Polícias e ao Ministério Público; sendo assim, considerando que aquela não encontrará mais dificuldades que esses para munir-se de provas ilícitas (como coação de testemunhas), talvez não fosse a decisão mais acertada privilegiar a intimidade de traficantes, por exemplo, em detrimento do interesse de toda a comunidade nacional.

Para Feitoza (2008, p. 204), apenas

em situações extremas e excepcionais se pode admitir a utilização de prova ilícita *pro societate*, pois, do contrário, o Estado estaria sendo incentivado a violar direitos fundamentais, o que iria frontalmente contra a própria noção de provas ilícitas, que foram originariamente idealizadas e instituídas exatamente para dissuadir o Estado de violar direitos fundamentais.

Ante o exposto, observa-se que, em que pese ser amplamente aceita a prova ilícita que favoreça a defesa, há grande controvérsia no tocante a sua admissibilidade visando à condenação do réu.

²⁷ Oliveira (2010), ao relatar o exemplo, referiu-se à decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 251.445/GO, de relatoria do Ministro Celso de Mello, publicado no DJU de 03/08/2000.

4 ILICITUDE POR DERIVAÇÃO

4.1 AS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Expungir do processo as provas obtidas por meios ilícitos – quando não for o caso de aplicação do princípio da proporcionalidade, para alguns – é indispensável à manutenção do devido processo legal. Porém, é tal medida sempre suficiente para garantir que só existam provas sem vício no processo? A resposta é negativa, pois, em alguns casos, a ilicitude de determinada prova afeta outra que dela derive: é a chamada prova ilícita por derivação.

De acordo com Silva (2002), as provas ilícitas por derivação são aquelas material e processualmente válidas, mas angariadas a partir de uma prova obtida ilicitamente. Avolio (2010), caracterizando-as como as provas obtidas de forma lícita, mas a partir da informação extraída em uma prova obtida por meio ilícito, exemplifica apontando o caso de uma confissão extorquida mediante tortura (prova ilícita), em que o acusado fala onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido. Outra situação é a da interceptação telefônica clandestina (prova ilícita), pela qual sejam descobertas circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à condenação.

A ilicitude por derivação nada mais é que a consequência lógica da aplicação da inadmissibilidade das provas ilícitas. Se os agentes que produzem a prova ilícita pudessem dela se valer para obter novas provas, unicamente obtidas a partir daquelas, a ilicitude seria facilmente contornável, bastando apenas a observância das formas previstas em lei na segunda operação para que se *legalizasse* a ilicitude da primeira. Nesse caso, a vedação constitucional à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos seria quase que insignificante, tendo em vista as inúmeras manobras jurídicas realizadas a fim de obter uma condenação a qualquer preço. Trata-se, portanto, de uma forma de dar eficácia à Constituição. (OLIVEIRA, 2010).

Rangel (2009), revendo posicionamento anteriormente adotado, entende que, se o Estado faz uso de um expediente inidôneo (prova ilícita) a fim de descobrir um fato investigado, tudo aquilo que for descoberto e tiver relação direta com a ilicitude será igualmente ilícito, por derivação. É o preço de se viver em uma democracia, que não tolera esse tipo de prova colhida contrariamente à lei; do contrário, não valeria a pena viver em um Estado Democrático de Direito.

Segundo o ensinamento de Grinover (*apud* AVOLIO, 2010, p.86),

a posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente 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. Afirma, ainda, que a Constituição brasileira não toma partido na discussão sobre a admissibilidade das provas derivadas, deixando espaço para a construção da doutrina e da jurisprudência.

Exemplo típico de prova ilícita por derivação é a apreensão de objetos utilizados para a prática de um crime – a exemplo de armas ou carros – ou que constituam corpo de delito e que tenham sido obtidos a partir de informações conseguidas por meio de escuta telefônica ilegal ou violação de correspondência. Conquanto se faça uma busca e apreensão irregular, o fato de só se ter chegado aos objetos a partir de informações descobertas em diligência ilícita faz com que o ato posterior esteja contaminado. (LOPES JR., 2011).

.A questão das provas ilícitas por derivação atualmente é tratada a partir da teoria dos frutos da árvore envenenada, a qual será detalhada a seguir, e cuja base remonta à jurisprudência norte-americana, que consagrou a *fruit of the poisonous tree doctrine*.

4.2 FRUIT OF THE POISONOUS TREE DOCTRINE

A doutrina ou teoria dos frutos da árvore envenenada norte-americana surgiu como um complemento da regra da exclusão (*exclusionary rule*), com o fim de evitar que a polícia obtenha provas a partir de meios ilegais. A teoria estatui que as provas produzidas com o auxílio de informações obtidas por meio ilícito sejam, assim como as últimas, excluídas do processo. Assim, se um interrogatório ilegal leva à descoberta de certa evidência do crime, tanto o interrogatório quanto a nova prova devem ser descartados, o primeiro pela regra da exclusão e a última por ser um fruto do interrogatório ilegal.

A *fruit of the poisonous tree doctrine* surgiu em 26 de janeiro de 1920, no julgamento, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, do caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*. (CAPEZ, 2010).

No referido caso (JUSTIA, 1920), a Silverthorne Lumber Company recorreu à Suprema Corte para reverter decisão da *District Court* que multou a empresa em duzentos e cinquenta dólares por desobediência de decisão judicial (*contempt of court*) e ordenou a prisão de Frederick W. Silverthorne, até que este cumprisse ordem anterior da Corte Distrital a que estava se negando. Esse último descumprimento foi devido à recusa de Frederick em atender a

intimações e ordens para apresentar livros e documentos da empresa, perante o júri, para serem usados em análise de suposta violação das leis norte-americanas por ele e seu pai. Um dos motivos da recusa foi o de que a ordem da Corte infringiria os direitos garantidos pela Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos.

Tudo começou quando, devido a uma acusação, Frederick Silverthorne e seu pai foram detidos e ficaram sob custódia por algumas horas. Nesse tempo, representantes do Departamento de Justiça e da Polícia Federal norte-americana foram ao escritório da Silverthorne Lumber Company, sem qualquer mandado, e fizeram uma varredura nos livros papéis e documentos lá encontrados, apreendendo-os e encaminhando-os ao gabinete do *District Attorney* (Procurador Distrital). Diante disso, Silverthorne requereu à Corte Distrital a devolução do que foi ilegalmente obtido.

Antes que houvesse qualquer decisão, foram tiradas fotografias e feitas cópias dos documentos, os quais embasaram uma nova acusação contra pai e filho, dessa vez mais robusta. A Corte Distrital determinou a devolução dos originais, mas confiscou as cópias e, sabendo do teor dos documentos, determinou a apresentação dos originais. Diante da recusa dos Silverthorne, ordenou o cumprimento da determinação, ainda que soubesse que os documentos haviam sido apreendidos com violação a direitos constitucionais dos acusados. Essa foi a *contempt of court* alegada. O Governo, ao mesmo tempo em que repudiou a apreensão ilegal, buscou o direito de utilizar as informações, das quais não teria tido acesso de outra forma.

A Suprema Corte entendeu que permitir que o Governo se beneficiasse das informações obtidas e, com isso, tentasse obter os documentos de forma válida, a despeito de ter havido uma apreensão irregular, reduziria a Quarta Emenda a um mero conjunto de palavras sem significado. A essência de se vedar a produção ilegal de uma prova não é meramente a de que essa não seja utilizada perante a Corte, e sim de que ela não seja usada de maneira nenhuma. Obviamente, isso não quer dizer que os fatos então descobertos tornar-se-ão sagrados e inacessíveis, pois, se as provas forem descobertas por uma fonte independente (*independent source*), por exemplo, não haverá problema.

Assim, ante as peculiaridades do caso, considerando o direito da empresa de não sofrer buscas e apreensões ilegais, e que, mesmo que se tenha tentado obter as informações de uma forma válida, o ato ilícito ainda era determinante, a Suprema Corte dos Estados Unidos reverteu a decisão da Corte Distrital. Consagrou-se, destarte, a teoria da contaminação, segundo o qual a ilicitude de ato contamina as provas que dele derivem.

O termo *fruit of the poisonous tree*, todavia, só seria usado pela primeira vez em 1939, quando a Suprema Corte norte-americana julgou *Nardone v. United States* (JUSTIA, 1939). O caso referia-se à apelação de Frank C. Nardone da decisão que o condenou pelos crimes de contrabando e ocultação de bebidas alcoólicas, bem como associação para o cometimento desses crimes. Em uma decisão anterior, o Supremo Tribunal decidiu que uma interceptação de conversas telefônicas de Nardone, por agentes do governo, violou a Lei de Comunicações norte-americana de 1934. A questão levada ao Tribunal era se, no julgamento, havia sido cometido um erro ao não permitir que o advogado de Nardone questionasse a acusação sobre se, e de que maneira, ele tinha usado as informações obtidas nas escutas ilegais.

Revedo a decisão condenatória, a Suprema Corte afirmou que, uma vez que o réu afirme ter sido uma prova ilegalmente apreendida, deve ser oportunizado a ele, ainda que preso, demonstrar que parte substancial da controvérsia é, na verdade, um fruto da árvore envenenada.

A teoria dos frutos da árvore envenenada norte-americana, todavia, comporta três exceções, havendo, portanto, algumas hipóteses nas quais, em que pese se possa cogitar da existência de uma prova ilícita por derivação, esta pode ser admitida e valorada no processo. A primeira exceção é a da fonte independente (*independent source*); a segunda, da descoberta inevitável (*inevitable discovery*); e a terceira limitação à teoria é o caso da conexão atenuada (*attenuated connection*). (FEITOZA, 2008).

De acordo com a limitação da fonte independente, a prova é admissível se ficar demonstrado que ela foi obtida a partir de uma fonte independente da ilegal, de modo que não esteja contaminada. Duas aplicações concretas foram feitas, por exemplo, em *Bynum v. United States*, em 1960, e em *Murray v. United States*, em 1988. No primeiro caso (JUSTIA, 1988), a Suprema Corte inicialmente excluiu a identificação datiloscópica realizada durante a prisão ilegal de Bynum. Quando este foi novamente processado, o governo utilizou antigas planilhas datiloscópicas do acusado, que se encontravam nos arquivos do FBI e correspondiam às impressões digitais encontradas no local do crime. Dessa forma, considerando que a polícia tinha razão para checar as antigas planilhas de Bynum, independentemente da prisão ilegal, e como as impressões colhidas anteriormente não tinham a mínima relação o crime investigado, a Suprema Corte entendeu que aquelas se tratavam de uma fonte independente, admitindo-as no conjunto probatório. (FEITOZA, 2008).

Em *Murray v. United States* (JUSTIA, 1988), Murray e outros suspeitos estavam sendo investigados devido a suspeitas de atividades ilegais com drogas. A polícia, acompanhando a movimentação dos suspeitos, viu que alguns veículos (em um deles estava Murray) entraram em um armazém onde havia um grande container. A polícia, percebendo que as pessoas que entraram no armazém conduzindo os automóveis não foram as mesmas que saíram, seguiu estes últimos e ordenou que parassem. Inspeccionando os carros, encontrou e apreendeu legalmente determinada quantidade de maconha. Após receber esta informação, outros agentes invadiram o referido armazém, sem mandado, e verificaram a existência de diversos fardos da droga. Sem mexer no que acharam, saíram e obtiveram um mandado de busca e apreensão, sem mencionar que já haviam invadido o local. De posse do mandado, voltaram ao armazém e apreenderam duzentos e setenta pacotes de maconha e outras evidências do crime.

Murray e outros requereram a nulidade do ato, tendo em vista que os policiais federais não mencionaram já ter invadido o armazém ilegalmente quando solicitaram o mandado. A Suprema Corte, entretanto, reafirmou que a doutrina da fonte independente permite a introdução de evidências inicialmente descobertas em consequência de uma busca ilegal, mas depois obtidas legalmente por uma fonte independente. Dessa forma, afirmou a possibilidade de, apesar de a primeira entrada ter sido ilegal, o mandado de busca e apreensão expedido ser lícito, já que a polícia já vinha acompanhando a movimentação dos suspeitos e, portanto, já poderia ter indícios probatórios suficientes para obter o mandado.

A segunda exceção à *fruit of the poisonous tree doctrine* é a da descoberta inevitável. Como o próprio nome diz, trata-se da possibilidade de se admitir a prova se houver a conclusão de que a investigação policial comum e por meios legais inevitavelmente teria levado à sua descoberta. (FEITOZA, 2008).

A limitação da *inevitable discovery* foi adotada pela Suprema Corte no julgamento de *Nix v. Williams*, em 1984. O caso refere-se ao homicídio de uma garota de 10 anos de idade, em Iowa. A partir de uma declaração obtida ilegalmente do acusado, conseguiu-se a localização exata de onde estava o corpo da menina. Contudo, antes disso um grupo de duzentos voluntários já havia se iniciado uma busca sistemática pelo cadáver, de acordo com um plano cuidadosamente desenvolvido, que eventualmente teria abrangido o lugar onde o corpo foi encontrado. A Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que a teoria dos frutos da árvore envenenada não impediria a admissão da prova derivada de uma violação constitucional, se tal prova teria sido inevitavelmente descoberta a partir de

atividades lícitas de investigação – no caso, a busca pelo grupo de voluntários, os quais encontrariam o cadáver. A Corte afirmou, ainda, que a exclusão de uma prova física que seria inevitavelmente descoberta nada adiciona à integridade ou justiça de um julgamento criminal. (FEITOZA, 2008).

Há, por fim, a exceção referente à conexão atenuada. Pela *attenuated connection limitation*, a prova derivada somente poderá ser suprimida se houver uma clara conexão causal entre a ação ilegal e aquela. Se a ligação puder ser expurgada, de modo a não se verificar uma decorrência lógica entre o ato ilícito e a prova e, assim, esta não ser considerada como tendo sido obtida pelo aproveitamento da ilegalidade, há a possibilidade de admissão da evidência. (FEITOZA, 2008).

Para a análise acerca da hipótese de admissão, há alguns fatores a considerar, quais sejam: a proximidade temporal – quanto menor o lapso temporal entre o ato ilícito e a prova, maior será a chance de que esta seja um fruto da árvore envenenada; a intervenção de eventos – quanto mais fatores intervenientes houver entre a ilegalidade inicial e a evidência em questão, maior será a propensão à admissibilidade; e a finalidade e flagrância da conduta ilegal – se a prova obtida for utilizada com uma finalidade que supere a violação, por exemplo, há a possibilidade de se afastar a mácula (aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate*). (4LAWSCHOOL, 2012)

Um exemplo da aplicação da tese da ocorreu em *Wong Sun v. United States*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1963 (JUSTIA, 1963). No referido caso, policiais da delegacia de entorpecentes entraram ilegalmente na casa de Toy, o qual afirmou que Yee vendia drogas. Os policiais, então, foram à residência de Yee e, igualmente sem mandado, entraram e acharam os narcóticos. Yee, então, fez um acordo com a polícia para entregar seu fornecedor, Wong Sun, o qual também foi preso. Diante dos fatos ocorridos, após a prisão ilegal de Sun, este foi indiciado e liberado. No entanto, alguns dias depois retornou à delegacia e prestou declarações voluntariamente, confessando o crime.

Toy e Yee não foram condenados, pois as provas que se tinha contra eles foram excluídas, já que eram ilegais (foram feitas buscas e apreensões sem o devido mandado). No que diz respeito a Wong Sun, no entanto, a Suprema Corte entendeu que, por Wong Sun ter sido libertado e, dias depois, voluntariamente retornado à delegacia para prestar suas declarações, sua atitude fez com que a conexão entre a ilegalidade e a confissão ficasse tão atenuada que excluía a mácula, quebrando a cadeia na prova inadmissível. Concedeu-se a Wong Sun um novo julgamento, mas sua confissão foi admitida.

Foi na teoria dos frutos da árvore envenenada e suas exceções criadas pela jurisprudência norte-americana, tais quais expostas, que o nosso legislador espelhou-se para positivar no ordenamento jurídico pátrio a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, como se verá a seguir.

4.3 A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA NO BRASIL

4.3.1 Entendimentos do Supremo Tribunal Federal

A questão da admissibilidade das provas ilícitas por derivação despertou considerável polêmica entre os juristas brasileiros. No Supremo Tribunal Federal, o primeiro registro de análise da teoria em estudo em um caso concreto ocorreu no julgamento do HC 69.912/RS²⁸.

O caso (BRASIL, 1993) refere-se à condenação de Lourival Mucilo Trajano a seis anos e oito meses de reclusão, pela prática de crimes previstos na lei de entorpecentes vigente à época (Lei n. 6.368/76). Segundo consta nos autos, a diligência que redundou na apreensão da droga e prisão dos denunciados foi precedida por alguns meses de investigação, com escutas telefônicas feitas com autorização judicial. Após mais de cem folhas de degravação das escutas, foram expedidos mandados de busca e apreensão de tóxicos e os autos de prisão em flagrante dos acusados.

O advogado do réu, após a confirmação da pena pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, impetrou *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça – o qual declinou da competência para o Supremo Tribunal Federal –, requerendo a concessão da ordem para determinar a anulação do processo e o desentranhamento da prova decorrente da interceptação das conversas telefônicas, sob o argumento de que o art. 5º, XII, da Constituição Federal, não é autoaplicável, dependendo de regulamentação para que possam ser autorizadas interceptações telefônicas.

²⁸ *Habeas Corpus* n. 69.912, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 30/06/1993 e publicado no Diário de Justiça de 26/11/1993. (BRASIL, 1993).

Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence inicialmente afastou a recepção do art. 57, II, *e*²⁹, do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/62) para os fins do art. 5º, XII, da Lei Maior, de modo que ali não estaria a regulamentação exigida pela constituição, sob pena, inclusive, de se deixar a garantia constitucional ao total arbítrio judicial. Assim, aduziu que somente após a elaboração de lei que regulamente o referido dispositivo é que será possível autorizar licitamente uma interceptação. Em seguida, mencionou que a ausência de motivação, no caso concreto, da autorização judicial, já seria suficiente para eivar de ilicitude a prova.

Sepúlveda Pertence, então, afirmou categoricamente que o caso demandava a aplicação da teoria da *fruits of the poisonous tree*, da jurisprudência americana, tendo em vista que às provas diversas do próprio conteúdo das conversas telefônicas só se podia chegar, segundo a lógica narrada na sentença condenatória, em razão das informações obtidas na interceptação ilícita de telefonemas. O Ministro afirmou estar convencido de que a teoria invocada é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas.

O voto do relator foi acompanhado pelos Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello. Em sentido contrário, posicionaram-se os Ministros Carlos Velloso, asseverando que a sentença estaria alicerçada em outros fundamentos que não as degravações, razão pela qual a ordem deveria ser denegada; Paulo Brossard, para quem a omissão legislativa não impediria o magistrado de autorizar a interceptação, precipuamente por se estar diante de crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia (tráfico de entorpecentes), os quais certamente estarão entre as hipóteses contempladas com autorização para a quebra do sigilo; Sydney Sanches, que afirmou haver outras provas nos autos e, portanto, ser indevida a anulação apenas porque no fio da meada houve uma prova ilícita; Néri da Silveira, que considerou existirem provas autônomas e bastantes; Moreira Alves, o qual sustentou que uma mera pista ilícita para a apuração da materialidade e autoria do crime não pode contaminar todo o processo posterior; e Octávio Gallotti, que acompanhou o último

²⁹ Art 57. Não constitui violação de telecomunicação:

[...]

II - O conhecimento dado:

[...]

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. (BRASIL, 1962).

sucintamente. Assim, denegou-se a ordem, afastando, no caso concreto, a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, pelo placar de seis votos contra cinco.

No entanto, por meio de Questão de Ordem levantada no Mandado de Segurança n. 21.750³⁰, concedeu-se *habeas corpus* de ofício e anulou-se o julgamento do HC 69.912/RS, tendo em vista que o Ministro Néri da Silveira estava, na verdade, impedido de votar, uma vez que seu filho, Domingos Sávio Dresch da Silveira, havia atuado no feito na qualidade de Procurador da República, ofertando a denúncia, interpondo a apelação e participando de audiências. Invalidado o voto, o julgamento resultaria em cinco votos a quatro, a favor do impetrante, já que desnecessária a tomada do voto do Ministro Presidente. (BRASIL, 1994b).

Assim, foi proferida, em 16/12/1993, nova decisão no HC 69.912/RS³¹, dessa vez deferindo a ordem e privilegiando a tese de que a ilicitude da interceptação telefônica, à falta de lei que a discipline e viabilize, contamina as provas dependentes direta ou indiretamente das informações nela obtidas. Destarte, com menção expressa à teoria dos frutos da árvore envenenada, concedeu-se o *habeas corpus* para anular o feito desde a prisão em flagrante, inclusive. (BRASIL, 1994a).

O julgamento pontual desse caso concreto, no entanto, não alterou a posição da maioria da Suprema Corte: 6 votos contra 5 a favor da admissibilidade dos frutos da árvore envenenada. Com a posterior aposentadoria de Paulo Brossard, favorável à tese então majoritária, surgiu um período de indefinição, aguardando-se qual seria o entendimento do novo Min. Maurício Corrêa, até que este, no julgamento do HC 72.588/PB, atuando como relator, adotou a posição da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, tornando-a, agora, vencedora [...]. (CAPEZ, 2010, p. 348).

No supracitado *Habeas Corpus*, julgado em 12/06/1996, o Ministro Maurício Corrêa assentou a impossibilidade de se realizarem interceptações telefônicas antes da edição de lei que regulamente o ato, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição de 1988. Na ocasião, afirmou que, *como os autos levam a uma única prova, caracteriza-se iniludivelmente a encampação daquela regra insculpida na jurisprudência e na doutrina americanas [...] da contaminação de todo o conjunto probatório, por vício em sua formação.* (BRASIL, 2000). Firmou-se, assim, entendimento favorável à aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

³⁰ Mandado de Segurança n. 21750, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 24/11/1993 e publicado no Diário de Justiça de 08/04/1994. (BRASIL, 1994b).

³¹ *Habeas Corpus* n. 69.912 segundo, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 16/12/1993 e publicado no Diário de Justiça de 25/03/1994. (BRASIL, 2000).

Digno de nota, ainda, é o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC) 90.376/RJ³². Segundo o próprio Ministro relator (BRASIL, 2007), a Corte analisaria, a partir do caso concreto, se seria juridicamente possível a utilização, pelo Poder Público, de acervo documental apreendido por agentes policiais sem mandado judicial, em diligência realizada no interior de quarto de hotel, contra a vontade presumida do hóspede.

Em seu voto, Celso de Mello registrou que não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da polícia judiciária, devendo o Estado observar todo um complexo de direitos e prerrogativas dos cidadãos em geral. Diante disso, ficou patente que, na situação em análise, transgrediu-se a garantia individual da inviolabilidade domiciliar – frisando que a expressão *casa* compreende os aposentos ocupados de habitação coletiva, de acordo com a redação do art. 150, § 4º, II, do Código Penal – o que tornou a busca e apreensão uma prova ilícita, repudiada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O relator frisou, outrossim, que no sistema constitucional pátrio prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, ainda que se cuide de ilicitude por derivação. Adicionou, ainda, o risco da relativização da garantia constitucional com fulcro no critério da proporcionalidade, em virtude de se tratar de critério subjetivo que pode induzir a interpretações perigosas, em detrimento da inviolabilidade da pessoa humana. Em seguida, explicou que todas as provas embasadoras da condenação em segundo grau estavam impregnadas pela ilicitude, já que o Poder Público somente conseguiu produzi-las em decorrência da diligência eivada de ilicitude originária. Por unanimidade, deu-se provimento ao recurso, restabelecendo a sentença penal absolutória.

Pouco mais de um ano depois, em 10/06/2008, dia da publicação da Lei n. 11.690/08, a Suprema Corte teve a oportunidade de reafirmar sua posição no julgamento do HC 93.050/RJ³³ (BRASIL, 2008c), referente a situação semelhante à anterior. A decisão é uma das mais recentes daquele Tribunal que versa sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada.

³² Recurso em *Habeas Corpus* n. 90.376, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 03/04/2007 e publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 18/05/2007. (BRASIL, 2007).

³³ *Habeas Corpus* n. 93.050, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 10/06/2008 e publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 31/07/2008. (BRASIL, 2008c).

Por fim, cumpre relatar que o Supremo Tribunal Federal teve a ocasião de afastar, mais de uma vez, a aplicação da teoria em comento, como o fez no HC 74.599/SP³⁴ (BRASIL, 1997a) e no HC 83.921/RJ³⁵ (BRASIL, 2004), ao considerar que a prova derivada da ilícita apenas corroborou as outras lícitamente obtidas e que eram autônomas.

4.3.2 A teoria dos frutos da árvore envenenada a partir da Lei n. 11.690/08

Capez (2010) e Lopes Jr. (2011) concordam que o problema das provas derivadas das ilícitas pode ser visto sob o olhar do art. 573, § 1º, do Código de Processo Penal, segundo o qual *a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência*. (BRASIL, 1941). Nesse sentido, a prova ilícita por derivação, por decorrer de um elemento probatório obtido por meios ilícitos, e a sentença prolatada com base nela precisariam ter sua nulidade declarada.

No entanto, com o advento da Lei n. 11.690/08, que alterou a redação do art. 157, do Código de Processo Penal, a questão das provas ilícitas por derivação passou a ser disciplinada expressamente pela referida Codificação, deixando de ser tratada apenas doutrinária e jurisprudencialmente.

Assim, segundo a atual redação do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, são *inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente da primeira*. (BRASIL, 2008). É a consagração da teoria dos frutos da árvore envenenada.

A lógica da teoria, consoante Bedê Jr. e Senna (2009), é impedir que o Estado, como titular do *jus puniendi*, aufera vantagens por meio da utilização de provas ilícitas. Desta banda, ocorrendo a contaminação das provas obtidas a partir de uma ilícita, é mister que se aplique a teoria em análise, de modo que o Estado não perceba benefícios por força do descumprimento das regras do direito.

³⁴ *Habeas Corpus* n. 74.599, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 03/12/1996, publicada no Diário de Justiça de 07/02/1997. (BRASIL, 1997a).

³⁵ *Habeas Corpus* n. 83.921, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 03/08/2004 e publicado no Diário de Justiça de 27/08/2004. (BRASIL, 2004).

De acordo com Lopes Jr. (2011), o vício da ilicitude transmite-se a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, os quais ficam contaminados na mesma intensidade daquele. Em razão disso, devem ser desentranhados o ato ilícito originário e todos os que dele decorram, pois a prova que deles se obteve é igualmente ilícita. O mesmo autor registra como inconveniente, no entanto, a timidez com que os tribunais tratam a questão, analisando o nexos causal de forma demasiadamente restritiva quando verificam o alcance da contaminação. Isso faz com que, por vezes, se declarem lícitas provas contaminadas, sob a alegação de que inexistente conexão suficiente com a prova ilícita.

Lopes Jr. (2011) ressalta, ainda, que os tribunais costumam aplicar o disposto no citado § 1º anulando a prova somente se ficar demonstrada inequivocamente a contaminação, buscando-se de todo modo salvá-la. No entanto, aduz que deveria haver uma completa inversão no tratamento do nexos causal, considerando-se que a prova produzida na continuação da ilícita deva ser tida como contaminada, salvo se ficar demonstrado que ela é absolutamente independente. Trata-se de respeitar as regras do jogo.

Para Rangel (2009, p. 436), com a chegada da Lei n. 11.690/08:

Hodiernamente, não haverá mais qualquer discussão sobre as provas ilícitas por derivação: estão, legalmente, vedadas. Quer-se dizer, o Código veda expressamente. É como se dependêssemos do Código para nos dizer que a Constituição, a partir de agora, passa a valer. É o Código dando vida à constituição. A consagração do absurdo.

Como bem se pode observar, o art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, positivou, além da teoria dos frutos da árvore envenenada, a exceção consubstanciada na teoria da fonte independente (a *independent source* norte-americana). No § 2º, por sua vez, buscou-se explicar no que consiste a exceção, ao dispor que se considera *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.* (BRASIL, 2008).

Todavia, segundo o escólio de Oliveira (2010), equivocou-se tecnicamente o legislador. É que a definição dada, na verdade, trata-se de outra hipótese de aproveitamento da prova, qual seja, a teoria da descoberta inevitável, também consagrada pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Nesta, admite-se a prova, posto que presente eventual relação de causalidade ou dependência entre a prova ilícita e a derivada justamente porque a investigação policial comum rotineiramente adota tal meio de prova. Desse modo, evita-se que a prova derivada e os atos subsequentes nela embasados sejam eliminados do processo.

Já a teoria da fonte independente toma como base a ausência total de relação de causalidade ou dependência lógica entre a prova ilícita e a obtida posteriormente. É a prova obtida não em decorrência da ilicitude, mas a partir de outra fonte. *Fonte de prova é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada.* (OLIVEIRA, 2010, p. 319).

No mesmo sentido é o entendimento de Bedê Jr. e Senna (2009), para quem o conceito do retrocitado § 2º

não é de fonte independente, mas da exceção da descoberta inevitável. A diferença entre os dois institutos é que a descoberta inevitável trabalha do ponto de vista hipotético: em tese, a prova poderia ser obtida de qualquer modo. Já a teoria da fonte independente pressupõe que, concretamente, no caso em análise, tenha sido a prova obtida por outra fonte, ou seja, na prática houve um rompimento, ou, no mínimo, uma atenuação do nexo de causalidade entre a ilicitude e a prova obtida. (p. 57).

A fonte independente de prova, na doutrina de Rangel (2009), é aquela obtida sem qualquer relação, tanto direta como indireta, com a prova ilícita. É um meio de prova que possui vida própria, lícita, autônoma e que, justamente por sua licitude, não contamina nem é contaminada por qualquer outra fonte de prova. O autor não faz menção à ocorrência de falta de técnica legislativa, assentando que a fonte independente de prova é também aquela a que se chegaria pelos atos normais de investigação, alcançada pela atividade contínua do Estado durante a persecução penal.

Capez (2010) traz como restrições à teoria dos frutos da árvore envenenada a limitação da fonte independente, com fulcro no § 1º, do art. 157, da Lei Processual Penal, registrando o seu uso pelo Supremo Tribunal Federal, e a limitação da descoberta inevitável, de acordo com o § 2º do mesmo artigo. Acrescenta, ainda, que o legislador considerou fonte independente a descoberta inevitável.

Sobre esta última, Vasconcellos (2001), ainda antes da edição da Lei n. 11.690/08, escreveu sobre a hipótese de fatos apurados como verdadeiros, por meio de uma prova contaminada, e que fossem inevitavelmente descobertos, ainda que outro meio fosse utilizado. Na visão do autor, não seria lógico que se declarassem nulos os efeitos da prova contaminada. Mesmo que a primeira prova ilícita tivesse utilizado um meio reprovável, a solução não poderia ser outra que não a admissão da prova contaminada, pois, embora aquele meio não tivesse sido usado, a *verdade* chegaria aos autos por outro caminho.

Lopes Jr. (2011) apresenta como crítica às teorias da fonte independente e da descoberta inevitável o questionamento de que, apesar da construção teórica ser clara e lógica, ela revelar-se perversa ao depender da casuística e da subjetividade do julgador, na medida em

que se socorre de conceitos vagos e imprecisos, os quais abrem um espaço impróprio à discricionariedade judicial. É nesse campo em que eventuais vedações às garantias constitucionais podem ocorrer.

A teoria dos frutos da árvore envenenada, no entendimento do autor mencionado acima, constituiu grande avanço no tratamento da ilicitude das provas; contudo, infelizmente promoveu-se a atenuação do princípio da contaminação, o que deixou a matéria demasiadamente aberta. O autor diz isso, pois o raciocínio hipotético a ser realizado com vistas à verificação do nexos causal, para aferir se uma fonte é independente ou não, leva ao esvaziamento do princípio da contaminação. As exceções podem, portanto, *levar a um alargamento da tolerância judicial das provas derivadas, desvirtuando o sentido da teoria.* (LOPES JR., 2011, p. 582).

Quer se entenda que o legislador errou ao conceituar a teoria da fonte independente, confundindo-a com a da descoberta inevitável, quer não, fica inalterado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual já se manifestou sobre a possibilidade de aplicação de ambas as possibilidades no julgamento de casos concretos.

No já mencionado RHC 90.376/RJ, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, ressaltou a potencial aplicabilidade da teoria da fonte independente, ainda que não coubesse no caso em análise. Nesse sentido, cita-se trecho do voto proferido:

Esse entendimento, Senhores Ministros, que constitui a expressão mesma da teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’ (‘fruits of the poisonous tree’) – firmada e desenvolvida na prática jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (‘Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939); Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963); Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914); Payton v. New York, 445 U.S. 573 (1980’), atenuada, porém, quando o Poder Público, não obstante a ilicitude originária de determinada prova, consegue demonstrar que obteve, legitimamente, os novos elementos de informação a partir de uma ‘independent source’ ou fonte autônoma de prova [...].

Não se desconhece, como previamente salientado, que, tratando-se de elementos probatórios absolutamente desvinculados da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo qualquer relação de dependência, revelando-se, ao contrário, impregnados de plena autonomia, não se aplica, quanto a eles, a doutrina da ilicitude por derivação, por se cuidar, na espécie, de evidência fundada em uma fonte autônoma de conhecimento (‘an independent source’), como o demonstram julgados de outras Cortes judiciárias [...]. (BRASIL, 2007).

É inconteste, portanto, o reconhecimento da teoria da fonte independente no direito brasileiro. No que toca à teoria da descoberta inevitável, por sua vez, o Ministro

Gilmar Mendes, no julgamento do HC 91.867/PA³⁶, pronunciou-se favoravelmente à exceção, com fulcro no art. 157, § 2º, do Código de Processo Penal. Segundo o relator, no caso em análise, o curso normal das investigações conduziria a elementos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. O Ministro assentou, outrossim, que *nem sempre a existência de prova ilícita determinará a contaminação imediata de todas as outras constantes do processo, devendo ser verificada, no caso concreto, a configuração da derivação por ilicitude*. (BRASIL, 2012). Esclareceu, ademais, que a utilização dos trâmites típicos e de praxe das investigações de casos análogos levariam à mesma conclusão alcançada.

Por fim, outra forma de relativização da teoria dos frutos da árvore envenenada é a aplicação do princípio da proporcionalidade, que consiste em uma ponderação dos princípios em conflito para estabelecer qual deve preponderar no caso concreto. A proporcionalidade manifesta-se por três subprincípios, a saber, *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*, os quais devem, nessa ordem, orientar a escolha do valor a prevalecer.

É relevante mencionar, contudo, a impossibilidade de utilização da técnica à admissão de provas obtidas mediante tortura. A tortura, método mais vil e primitivo de persecução penal, não viabiliza a aplicação do princípio da proporcionalidade, dada a gravidade da violação à dignidade da pessoa humana e a retirada da própria veracidade da informação obtida, diante da angústia em acabar o sofrimento. (ÁVILA, 2006).

No campo das provas ilícitas por derivação, abre-se mais uma vez espaço – e não poderia ser diferente – à declaração de admissibilidade do elemento probatório, ainda que contaminado pelo vício, quando se pretender utilizá-lo em benefício do réu. Trata-se de medida de justiça para evitar condenações indevidas, quando se é possível obter elementos que demonstrem a inocência do réu. A ponderação, no entanto, deve ser feita da mesma forma. No caso da proporcionalidade *pro reo*, o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos colide com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a condenação fará com que o réu pague com a liberdade por um crime que não cometeu. (ÁVILA, 2006).

Há, no entanto, quem sustente a admissibilidade da prova contaminada, com base no princípio da proporcionalidade, não só quando se pretender favorecer a defesa, mas também para prestigiar a acusação. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada

³⁶ *Habeas Corpus* n. 91.867, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 24/04/2012, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 20-09-2012. (BRASIL, 2012).

pelo senso comum, afirma Capez (2011), pode o juiz admitir uma prova ilícita ou sua derivação, a fim de evitar um mal maior, a exemplo de uma condenação injusta ou da impunidade de perigosos marginais. Deve-se, nesse sentido, cotejar os interesses que se colocam em posição antagônica, optando-se pelo sacrifício de um deles.

No caso da proporcionalidade *pro societate*, o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos colide com o princípio da proteção penal eficiente, que visa, entre outras coisas, à manutenção da ordem pública e à pacificação social. Nesse sentido, pode-se prestigiar a proteção penal eficiente quando a inadmissibilidade das provas ilícitas estiver servindo para o abuso de garantias constitucionais, quando todo o conjunto probatório obtido revelar a existência do crime, ocasião em que seria imprudente negligenciá-lo. (ÁVILA, 2006).

O supracitado autor comenta, ainda, outra importante questão a ser levada em consideração, qual seja, a gravidade do crime. De acordo com este critério, na apuração de determinados delitos, pela natureza destes, deve ser mais provável que prevaleça o princípio da proteção penal eficiente. A gravidade, todavia, deve ser medida não pela pena em abstrato, mas pela proximidade do crime com a dignidade da pessoa humana. Assim, figurariam entre os crimes mais graves, por exemplo, aqueles que envolvem a criminalidade organizada, os crimes hediondos, a tortura, o terrorismo e a pedofilia.

Ademais, interpretada a teoria em termos absolutos, alguns delitos nunca poderiam ser apurados, caso a informação inicial derivasse de uma prova obtida ilicitamente (a exemplo de uma escuta telefônica), antes da instauração do devido procedimento investigatório. Isso porque, prevalecendo o entendimento de que todas as provas obtidas a partir da notícia – derivada de uma prova ilícita – da existência de um crime são igualmente ilícitas, seriam muito maiores as chances de o agente do crime esquivar-se da persecução penal. Bastaria, nesse aspecto, que ele mesmo produzisse uma situação de ilicitude na obtenção da prova de seu crime, como uma violação ao seu domicílio, por exemplo, para obstar a condenação. (OLIVEIRA, 2010).

O estudioso afirma, outrossim, que se impõe a adoção de critérios guiados por uma ponderação dos interesses envolvidos em cada situação, para verificar até que ponto a atuação estatal está contaminada. Pode-se e deve-se recorrer ao critério da proporcionalidade, mesmo porque a redação do art. 157, § 2º, do Código de Processo Penal, embora útil, não é suficiente para prever todas as questões teóricas e práticas envolvidas, a partir da necessidade de identificação do nexos de causalidade.

Sabe-se, por outro lado, que, apesar de a mencionada técnica permitir uma mitigação do rigor formal da vedação às provas ilícitas por derivação, faltam critérios objetivos que confirmem estabilidade e controle àquele processo, de modo a evitar lesões desnecessárias a direitos fundamentais. A aplicação da proporcionalidade, no plano prático, por depender da subjetividade do julgador, pode ser feita de maneira distorcida, causando ofensas a direitos do acusado. (ÁVILA, 2006). No entanto, trabalha-se aqui no campo teórico, esperando-se que eventuais desvios de julgamento sejam corrigidos por meio dos devidos recursos.

Assim, nem sempre que se estiver diante de uma prova ilícita todos os elementos probatórios a ela posteriores serão, por consequência, inadmitidos. É fundamental que se examine, no caso concreto, a eventual derivação da ilicitude.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema das provas no processo penal é complexo e deve ser analisado com bastante atenção. As normas que regem a matéria não se restringem apenas às regras do Código de Processo Penal; há, além de dispositivos específicos em leis extravagantes, diversos princípios e garantias constitucionais que devem ser respeitados e que são a salvaguarda do próprio processo.

O princípio mais abrangente e do qual se pode dizer que derivam vários outros é o do devido processo legal, que se trata de uma garantia constitucional do indivíduo de que a prestação jurisdicional realizada pelo Estado seguirá os ditames corretos. Serve, portanto, para proteger o direito de liberdade e assegurar a isonomia entre as partes.

Intimamente ligados ao devido processo legal estão os princípios do contraditório e da ampla defesa. Esta possibilita que o réu apresente os meios de prova que lhe possam ajudar de qualquer forma. O contraditório, por sua vez, garante ao acusado o direito de opor-se às provas e alegações trazidas pela acusação, demonstrando a sua versão dos fatos.

Digno de nota, ainda, pois relacionados à matéria da prova, são os princípios do juiz natural, da motivação, da presunção de inocência, da inviolabilidade do domicílio e do sigilo das comunicações, bem como da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

Observou-se haver controvérsia acerca da caracterização do sistema processual penal brasileiro. Há doutrina classificando-o como acusatório, inquisitivo-garantista ou simplesmente inquisitivo. Acredita-se que, predominantemente, o sistema seja acusatório; no entanto, é inegável que a gestão da prova pelo magistrado fere gravemente essa classificação, atribuindo características próprias do sistema inquisitivo.

A prova é o meio de que se valem autor, juiz (equivocadamente) e réu para comprovar os fatos da causa. É a partir das provas que se procederá à reconstrução histórica do fato criminoso. Sua função precípua, portanto, é demonstrar ao juiz a sua versão dos fatos, tentando convencê-lo de que é a verdadeira. Verificou-se, no entanto, que dificilmente será encontrada a *verdade real*, tendo em vista que se estará analisando sempre um fato passado, cuja reconstrução raramente será perfeita.

Denotou-se existir celeuma, outrossim, no que tange ao ônus da prova. Para grande parte da doutrina, a quem tenha interesse em afirmar cabe fazer a prova. Nesse sentido, aquele que apresenta uma pretensão deve provar os fatos constitutivos, enquanto cabe à defesa provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas. Parcela da

doutrina, contudo, entende que a presunção de inocência obriga a acusação a demonstrar não só a materialidade e a autoria do crime, mas também a inexistência de excludentes de ilicitude, culpabilidade ou antijuridicidade. Esse posicionamento, contudo, implicaria um ônus demasiado à acusação, a qual, além de ter verificado e demonstrado a existência do crime, precisaria desfazer a defesa antes mesmo da apresentação desta.

Constatou-se, ademais, ser indevida a capacidade de produção de provas concedida ao órgão julgador. Isso porque, para a garantia do sistema acusatório e manutenção da imparcialidade do julgamento, não há espaço para a gestão da prova por parte do magistrado.

O cerne deste trabalho, contudo, estava em responder ao seguinte questionamento: devem ser desconsiderados, no processo penal, os elementos probatórios obtidos com infringência às normas de direito material, bem como os derivados de uma prova originária obtida ilicitamente?

Como visto no desenvolvimento deste estudo, a vedação da prova proibida é inerente ao Estado Democrático de Direito, com vistas à garantia dos direitos fundamentais declarados na Constituição. Não cabe, portanto, no campo da prova, a máxima de que *os fins justificam os meios*, para a violação de direitos humanos.

A inadmissibilidade das provas ilícitas, no Brasil, foi fortemente influenciada pela regra da exclusão norte-americana. A *exclusionary rule* trata-se de uma norma que visa à proteção de direitos constitucionais, especialmente os constantes na Quarta, Quinta e Sexta Emendas à constituição norte-americana.

Antes da Constituição de 1988 destacava-se a corrente que considerava admissíveis as provas ilícitas. Com o advento da atual Lei Maior, contudo, o tema das provas ilícitas teve maior repercussão, tendo em vista a positivação, no art. 5º, LVI, do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

Interessante ressaltar que a Constituição proibiu a admissão de tais provas no processo. Como explicado, o procedimento probatório possui quatro etapas: a proposição, a admissão, a produção e a valoração das provas; a vedação situa-se na segunda etapa. Se admitida, contudo, certamente a prova ilícita não deve ser valorada pelo juiz, para que a proibição constitucional ainda tenha alguma eficácia. A valoração implicará a nulidade absoluta do ato violador.

Verificou-se, também, que a maior parte dos autores distingue as provas ilícitas das provas ilegítimas. Diz-se, então, que a prova é ilegítima quando se estiver afrontando

norma de natureza processual, enquanto as provas produzidas em contrariedade a normas de direito material serão chamadas de ilícitas.

Há controvérsia, no entanto, no que diz respeito ao alcance do art. 157, do Código de Processo Penal, que caracterizou como ilícitas as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Acredita-se que, conquanto haja vícios processuais sujeitos ao regime das nulidades, com a expressão *legais* o legislador quis abranger tanto as provas que violem normas de cunho material quanto processual, de modo a não subsistir utilidade prática na distinção entre as provas ilícitas e as ilegítimas, restando ambas inadmissíveis no processo.

A partir da edição da Lei n. 11.690/08, que alterou a redação do art. 157, do Código de Processo Penal, o legislador buscou tratar um pouco melhor a questão das provas ilícitas. A referida lei, acertadamente, dispôs que não são apenas as violações à Lei Maior que são capazes de fulminar a admissibilidade de uma prova.

No entanto, infelizmente foi vetado o parágrafo 4º, do art. 157, constante no Projeto de Lei n. 4.205/2001. A aludida norma previa que o juiz que conhecesse do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderia proferir a sentença ou acórdão. De fato poderia haver transtornos no andamento processual ao se criar o mencionado impedimento, mas certamente se ganharia muito no que diz respeito à imparcialidade do magistrado diante da prova ilícita.

Boa parte das provas ilícitas ocorre em interceptações telefônicas. Diante do exposto no trabalho, observa-se que, em sendo aplicável a Lei n. 9.296/96, a inobservância dos requisitos exigidos pela lei – autorização judicial, indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punida com reclusão, possibilidade de obtenção da prova por outros meios disponíveis e descrição clara do objeto da investigação – ocasionará a ilicitude da prova. Às situações em que não se aplica a referida lei, a ilicitude precisará ser analisada casuisticamente, verificando-se eventual violação a princípios constitucionais ou outros direitos materiais assegurados em legislação ordinária.

Outro ato que causa a ilicitude da prova é a sua repulsiva obtenção por meio da tortura. Como visto, ainda se praticam atos de tortura no momento da prisão, nos interrogatórios e no período de detenção, tanto em delegacias como em penitenciárias do País. A ilicitude decorre da infringência direta ao art. 5º, III, da Carta Magna, que proíbe a tortura, independentemente da finalidade, além da afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da Lei n. 9.455/97.

Da mesma forma deve ser respeitada a inviolabilidade do domicílio, de modo que a busca e apreensão realizada sem o devido mandado – ou cujo mandado contenha vícios

insanáveis –, salvo em caso de flagrante delito, gera a ilicitude das provas obtidas na diligência, fazendo com que aquelas não possam ser admitidas nos autos.

O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, contudo, pode e deve ser flexibilizado. Nesse sentido, é praticamente unânime a doutrina ao declarar a admissibilidade da prova, ainda que ilícita, quando esta puder ser utilizada em benefício do réu. A justificativa fica por conta do princípio da proporcionalidade, por meio do qual deve o magistrado, no caso concreto, escolher, dentre os valores postos em confronto, qual deve ser prestigiado. Invariavelmente a escolha deverá recair sobre a presunção de inocência, pois é inconcebível a condenação de um inocente. O uso da prova ilícita para favorecer a acusação, de acordo com o princípio da proporcionalidade, no entanto, é mais delicado e apresenta maiores restrições.

O problema das provas ilícitas, todavia, não se exaure na inadmissibilidade do elemento viciado originariamente. Isso ocorre devido às repercussões que a prova ilícita pode causar, aos elementos probatórios que podem surgir a partir da informação eivada de vício: são as provas ilícitas por derivação, entendidas como as obtidas de forma lícita, mas a partir de dados extraídos de uma prova ilícita.

A ilicitude por derivação é um consectário lógico da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e atualmente é tratada pela teoria dos frutos da árvore envenenada, cuja origem também remonta à jurisprudência norte-americana.

A doutrina dos frutos da árvore envenenada dos Estados Unidos da América (*fruit of the poisonous tree doctrine*) surgiu como um complemento à regra da exclusão, com vistas a evitar que a polícia obtenha provas ilícitas. De acordo com aquela doutrina, as provas produzidas com base em informações obtidas por meio ilícito devem ser, a princípio, excluídas do processo juntamente com as próprias informações ilegais. A teoria norte-americana, porém, comporta três exceções, de modo que, em alguns casos, o fruto da árvore envenenada pode ser admitido e valorado, demonstrando-se que a inadmissibilidade não é absoluta. As exceções são a da fonte independente (*independent source*), a da descoberta inevitável (*inevitable discovery*) e a da conexão atenuada (*attenuated connection*).

Verificou-se que, no Brasil, inicialmente a jurisprudência não descartou as provas ilícitas por derivação, sendo, portanto, aceitos os frutos envenenados. No entanto, posteriormente, acabou-se por adotar definitivamente a teoria dos frutos da árvore envenenada, expungindo-se, corretamente, do processo penal as provas contaminadas. Acredita-se que a teoria seja capaz de garantir um pouco mais de eficácia ao princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, uma vez que, caso

se vedassem as provas ilícitas, mas se permitissem as suas derivações, bastariam algumas manobras para que erroneamente se *legalizassem* condutas ilícitas.

Com a nova redação conferida ao art. 157, do Código de Processo Penal, pela já mencionada Lei n. 11.690/08, a questão das provas ilícitas por derivação deixou de ser uma construção doutrinária e jurisprudencial e ganhou status legal. Consagrou-se, naquele momento, a teoria dos frutos da árvore envenenada, bem como as suas exceções.

Como explicado, o art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, trouxe a exceção consubstanciada na teoria da fonte independente, tentando explicá-la no § 2º do mesmo dispositivo legal. Ocorre que, por falha técnica do legislador, a definição dada corresponde a outra exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada, qual seja, a da descoberta inevitável. A teoria da fonte independente tem como pressuposto a ausência total de relação de causalidade ou dependência lógica entre a prova ilícita e a obtida posteriormente. Já a exceção da descoberta inevitável ocorre quando o curso normal das investigações conduziria à mesma prova, ou seja, alcançar-se-ia igualmente aquele fato – alcançado com o auxílio da prova ilícita –, ainda que por outro caminho. Ambas as exceções já foram abordadas em casos concretos pelo Supremo Tribunal Federal, o que demonstra a sua aceitação.

A última forma de relativização da teoria abordada é, assim como no caso das provas ilícitas originárias, a aplicação do princípio da proporcionalidade. Aqui se abre espaço, mais uma vez, à admissibilidade do elemento probatório viciado quando se pretender utilizá-lo em benefício do réu. Trata-se de medida justa e correta. Há, porém, a possibilidade de se admitir a prova contaminada, com base no princípio da proporcionalidade, em prol da acusação. Fica-se com o entendimento de que isso só poderá ocorrer em situações extremas, as quais devem ser analisadas muito detidamente pelo magistrado, a fim de que evite ao máximo lançar mão da ponderação. Tem-se consciência de que tal posicionamento dá abertura à perigosa casuística e à subjetividade do julgador, as quais podem levar a sérias violações de direitos fundamentais; todavia, esperando-se que tais situações não ocorram, acredita-se que, diante de casos gravíssimos, o garantismo individual deve ceder espaço ao garantismo coletivo, para que o primeiro não figure como salvaguarda à prática de crimes. Por isso, é fundamental a seriedade na análise, para que a exceção não se torne a regra.

Assim, nem sempre serão desconsideradas as provas ilícitas originárias e por derivação, sendo imperiosa a análise do caso concreto para que, excepcionalmente – e é importante que isso se frise – admitam-se tais elementos probatórios.

REFERÊNCIAS

- 4LAWSCHOOL. **Criminal Procedure Outline**. Disponível em: <<http://www.4lawschool.com/outlines/bank/crimprooutline.htm>>. Acesso em: 02 out 2012.
- ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2012**. O estado dos direitos humanos no mundo. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/pt-br/region/brazil/report-2012#section-8-3>>. Acesso em: 02 set. 2012.
- ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. 336 p.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. 2006. 295 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 222 p.
- BEDÊ JR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 400 p.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011. 835 p.
- BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 20 jun. 2012.
- _____. **Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962**. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Brasília (DF), 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em 10 out. 2012.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado Federal, 1988.
- _____. **Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991**. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Brasília (DF), 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em 06 set. 2012.
- _____. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Brasília (DF), 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 03 ago. 2012.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 69.912. Tribunal Pleno. Lourival Mucilo Trajano e Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator Min. Sepúlveda Pertence.

Brasília, DF, 26 de novembro de 1993. Disponível em:
<redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72076>. Acesso em 21 out.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 69.912 segundo. Tribunal Pleno. Lourival Mucilo Trajano e Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 25 de março de 1994a. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80349>>. Acesso em 22 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Mandado de Segurança n. 21.750. Tribunal Pleno. Lourival Mucilo Trajano e Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 8 de abril de 1994b. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365476>>. Acesso em 22 out. 2012.

_____. **Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995.** Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília (DF), 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em 06 set. 2012.

_____. **Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília (DF), 1996. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>. Acesso em 21 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 74.599. 1ª Turma. Durvalino Lima Vale e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 7 de fevereiro de 1997a. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75355>>. Acesso em 23 out. 2012.

_____. **Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997.** Define os crimes de tortura e dá outras providências. Brasília (DF), 1997b. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em 10 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.588. Tribunal Pleno. Paulstein Aureliano de Almeida e Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 4 de junho de 2000. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73874>>. Acesso em 23 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 83.921. 1ª Turma. Charles Portes Fernandes e Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Eros Grau. Brasília, DF, 27 de agosto de 2004. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384836>>. Acesso em 21 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus n. 90.376. 2ª Turma. Sérgio Augusto Coimbra Vial e Ministério Público Federal. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 18 de maio de 2007. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456098>>. Acesso em

23 out. 2012.

_____. **Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008.** Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Brasília (DF), 2008a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em 05 set. 2012.

_____. **Mensagem n. 350, de 9 de junho de 2008.** Brasília (DF), 2008b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm>. Acesso em 05 set. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 93.050. 2ª Turma. Luiz Felipe da Conceição Rodrigues e Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 1º de agosto de 2008c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539135>>. Acesso em 19 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 91.867. 2ª Turma. Davi Resende Soares e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>>. Acesso em 22 out. 2012.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1653 p.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhat; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional.** São Paulo: Atlas, 2009. 207 p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 819 p.

CARVALHO, Waldemar Cláudio de. As provas ilícitas no atual ordenamento processual penal brasileiro. **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v.7, n.38, p.103-114, mar./2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUTRA, Luciano. **Busca e apreensão penal:** da legalidade às ilegalidades cotidianas. São José/SC: Conceito Editorial, 2007. 181 p.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Bill of Rights.** Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/constitution/billofrights>>. Acesso em: 09 ago. 2012.

JUSTIA. **Weeks v. United States.** 232 U.S. 383 (1914). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/case.html>>. Acesso em: 15 set. 2012.

_____. **Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States.** 251 U.S. 385 (1920). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/case.html>>. Acesso em: 13 out. 2012.

_____. **Nardone v. United States.** 308 U.S. 338 (1939). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/case.html>>. Acesso em: 13 out. 2012.

_____. **Wong Sun v. United States.** 371 U.S. 471 (1963). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/case.html>>. Acesso em: 13 out. 2012.

_____. **United States v. Leon.** 468 U.S. 897 (1984). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/case.html>>. Acesso em: 13 out. 2012.

_____. **Murray v. United States.** 487 U.S. 533 (1988). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/case.html>>. Acesso em: 13 out. 2012.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional:** volume I. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 724 p.

_____. **Direito processual penal.** 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** São Paulo: Servanda, 2009. 735 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 914 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Não determinada. v.337, jan. 1997, p. 125-134.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1070 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 949 p.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em 07 ago. 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 981 p.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Leud, 2002. 160 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 928 p.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 1498 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1033 p.

VASCONCELLOS, Roberto Prado de. Provas ilícitas: enfoque constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT v.791, set. 2001, p. 456-486.