

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

MÁRCIA SOFIA NAGEL

**PROVA ILÍCITA: A POSSIBILIDADE DE SUA ADMISSÃO NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2019

MÁRCIA SOFIA NAGEL

**PROVA ILÍCITA: A POSSIBILIDADE DE SUA ADMISSÃO NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho

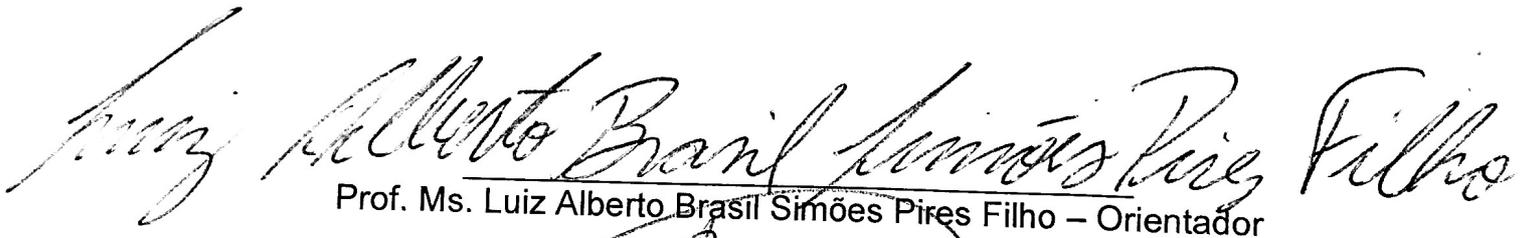
Santa Rosa
2019

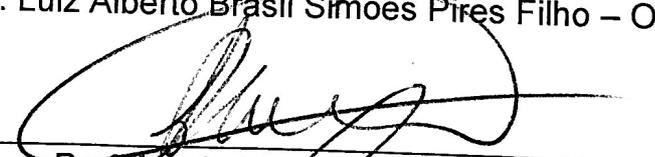
MÁRCIA SOFIA NAGEL

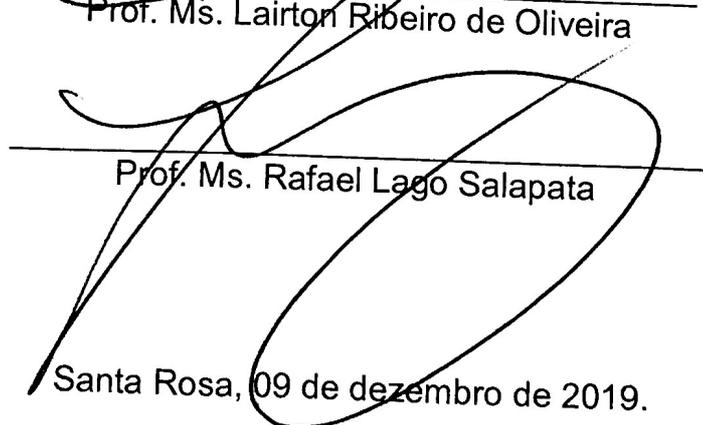
**PROVA ILÍCITA: A POSSIBILIDADE DE SUA ADMISSÃO NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO.
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora


Prof. Ms. Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho – Orientador


Prof. Ms. Lairton Ribeiro de Oliveira


Prof. Ms. Rafael Lago Salapata

Santa Rosa, 09 de dezembro de 2019.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus, que me concedeu a força necessária para nunca desistir de meus objetivos, e aos meus pais, Loreni e Marcílio, que muito fizeram e não mediram esforços para que esse sonho fosse concretizado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por oferecer-me saúde, capacidade e força para nunca desistir. A esta faculdade e todo o seu corpo de colaboradores, que direta ou indiretamente, contribuíram ao alcance deste objetivo. Agradeço ao meu orientador Luiz, pelos momentos que me auxiliou. Minha irmã Maristela, que nas mais das vezes, mesmo tão pequena, ajudou-me de uma forma tão grande. Ao meu esposo Marcos, que nesses 5 anos, sempre esteve comigo, auxiliando-me no que fosse necessário, e me incentivando a continuar. Por fim, agradeço especialmente aos meus pais Loreni e Marcílio que, apesar das dificuldades, nunca mediram esforços para tornar esse sonho realidade.

Queira! Basta ser sincero e desejar profundo. Você será capaz de sacudir o mundo, vai. Tente outra vez!

Raul Seixas

RESUMO

O presente trabalho de curso tem por escopo a análise da sistemática da prova na legislação correlata ao processo penal vigente, com enfoque na prova produzida através de meios ilícitos, bem como a abordagem da prova ilícita por derivação, a qual também é chamada de teoria dos frutos da árvore envenenada. Tais institutos são regulados pelo artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, o qual dispõe acerca da inadmissibilidade de utilização de provas ilicitamente obtidas. Ainda, por meio do disposto no artigo 157 do Código de Processo Penal, positiva a proibição já expressa na Carta Magna, e ainda traz a regulamentação das teorias excludentes da contaminação da prova ilícita por derivação, quais sejam: a teoria do nexo causal atenuado, teoria da fonte independente e teoria da descoberta inevitável, estas que foram incluídas pela Lei 11.690/08. De forma sucinta, tal pesquisa ainda realizou um estudo relativo a possibilidade de admissão da prova ilícita mediante a utilização do princípio da proporcionalidade, sendo a favor ou contra o acusado, concluindo-se que, em casos excepcionais, acontece a sua recepção no direito brasileiro, especialmente e via de regra em favor da defesa (em casos raríssimos, a favor da sociedade), com fundamentos da exclusão de ilicitude relativa à legítima defesa e estado de necessidade. O trabalho monográfico preocupou-se, conforme realizava a abordagem dos conceitos e doutrinas, em verificar se há possibilidade de admitir-se, no processo penal brasileiro, a utilização de provas ilícitas na produção probatória, mesmo diante da vedação imposta através de dispositivo constitucional, bem como verificar os possíveis desdobramentos na legislação que dariam ensejo a possibilidade de admissão da prova ilícita no processo penal. Objetivou-se pontuar acerca do conceito e da finalidade da prova penal, bem como sua produção e seus meios, conceituar os tipos de prova, em evidência, a prova ilícita e prova ilícita por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada). Ainda, analisar os efeitos da admissibilidade da prova ilícita, de modo a apontar, com fundamentos no art. 157, do Código de Processo Penal, quais teorias norteiam a sistemática de exclusão da contaminação da prova ilícita, aplicadas no direito pátrio. Por fim, definiu-se a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em relação as provas ilícitas, utilizadas contra ou a favor do acusado, extraído da jurisprudência, em especial, dos Tribunais Superiores, as principais decisões que norteiam as discussões. Tal pesquisa justifica-se pelo fato de ser um tema corriqueiro, afinal, muito presente e comum no trabalho dos magistrados brasileiros, que cotidianamente deparam-se com esta questão a resolver. Tema muito cobrado também nos concursos da magistratura, a pesquisa faz-se possível ante a construção a partir de pesquisa bibliográfica e documentação indireta, especialmente livros e jurisprudências, e realizando a abordagem de forma hipotético-dedutiva, com coleta de dados bibliográfica, e cunho, possuindo cunho teórico-empírico e explicativo. Importante ressaltar a disponibilidade de materiais a fim de engrandecer e compor o estudo. No primeiro capítulo abordar-se-á, de forma geral, a prova penal, em sua evolução, seu conceitos e meios, procedimento probatório e as restrições a sua produção. No segundo capítulo, é realizada a abordagem da prova ilícita no artigo 157 do Código de Processo Penal, e as teorias, de origem estrangeira, que fundamentam tal dispositivo legal. Por fim, no terceiro capítulo, faz-se um estudo acerca da

possibilidade de admissão deste tipo de prova vedada, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, em favor do réu ou em favor da sociedade. Ante ao estudo desenvolvido ao longo desses três capítulos descritos, pode-se concluir que, via de regra, a norma que prepondera é a inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal. No entanto, mediante a aplicação das teorias relativadoras da ilicitude, há a possibilidade de afastar-se a prova ilícita por derivação. Além disso, a utilização do princípio da proporcionalidade também torna possível utilização deste tipo de prova vedada, especialmente em favor do réu.

Palavras-Chave: Prova Ilícita. Prova ilícita por derivação. Teorias excludentes de contaminação. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

The aim of the present thesis is the analysis of the systematic of evidence in the legislation related to the current criminal process, focusing on evidence produced through illicit means, as well as the approach of illicit evidence by derivation, which is also called theory of the fruits of the poisonous tree. Such institutes are regulated by article 5, item LXI, of the Federal Constitution, which approaches the inadmissibility of the use of illegally obtained evidence. Also, through the provisions of article 157 of the Code of Criminal Procedure, positive the prohibition already expressed in the Constitution, and still brings the regulation of the exclusionary theories of contamination of illicit evidence by derivation, namely: the theory of attenuated causal link, independent source theory and inevitable discovery theory, which were included by Law 11.690/08. Briefly, this research also carried out a study on the possibility of admission of illicit evidence by using the principle of proportionality, being for or against the accused, concluding that, in exceptional cases, it is received in Brazilian law, especially and as a rule in favor of the prosecution (in very rare cases, in favor of society), on the grounds of the exclusion of unlawfulness regarding legitimate defense and the state of necessity. The monographic work was concerned, as was the approach of concepts and doctrines, to verify whether there is a possibility of admitting, in the Brazilian criminal process, the use of illicit evidence in probative production, even in the face of the prohibition imposed by constitutional provision, as well as verifying the possible developments in the legislation that would give rise to the possibility of admission of illicit evidence in criminal proceedings. The objective was to point out about the concept and purpose of the criminal evidence, as well as its production and its means, to conceptualize the types of evidence, in evidence, the illicit proof and the illicit proof by derivation (theory of the poisoned tree fruits. the effects of the admissibility of illicit proof, in order to point out, based on art.157, of the Code of Criminal Procedure, which theories guide the systematic exclusion of the contamination of illicit evidence, applied in national law. the applicability of the principle of proportionality in relation to illicit evidence, used against or in favor of the accused, drawing from the jurisprudence, in particular, from the Superior Courts, the main decisions that guide the discussions. commonplace, after all, very present and common in the work of Brazilian magistrates, who daily face this issue to be resolved. the competitions of the magistrature, the research is possible before the construction from bibliographical research and indirect documentation, especially books and jurisprudence, and performing the hypothetical-deductive approach, with bibliographic data collection, and having a theoretical nature. empirical and explanatory. Important to emphasize the availability of materials in order to enhance and compose the study. What is dealt with in the first chapter, generally, is the criminal evidence, its evolution, its concepts and means, probative procedure and the restrictions on its production. In the second chapter, the illicit proof approach in article 157 of the Code of Criminal Procedure is taken, and the theories, of foreign origin, that substantiate such legal device. Finally, in the third chapter, a study is made about the possibility of admission of this type of prohibited evidence, by applying the principle of proportionality, in favor of the defendant or in favor of society. Based on the study carried out throughout these

three described chapters, it can be concluded that, as a rule, the prevailing rule is the inadmissibility of unlawful evidence in criminal proceedings. However, by applying the theories relating to illicitness, it is possible to depart from illicit proof by derivation. Moreover, the use of the principle of proportionality also makes it possible to use this type of sealed proof, especially in favor of the defendant.

Keywords: Illicit Evidence. Illicit evidence by derivation. Excluding theories of contamination. Proportionality principle.

LISTA DE ABREVIACOES, SIGLAS E SMBOLOS

 - parágrafo

Art. - artigo

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPP – Código de Processo Penal

HC – *Habeas Corpus*

Min – Ministro (a)

n – número

p. – página

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

US - Estados Unidos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 TEORIA DA PROVA	14
1.1 EVOLUÇÃO DO SISTEMA PROBATÓRIO.....	14
1.2 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA.....	17
1.3 MEIOS DE PROVA	18
1.4 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO	19
1.5 DIREITOS E RESTRIÇÕES À PROVA.....	21
2 PROVA ILÍCITA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	25
2.1 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁVORE ENVENENADA	29
2.2 A TEORIA DO NEXO CAUSAL ATENUADO (LIMITAÇÃO DA MANCHA PURGADA, TINTA DILUÍDA OU VÍCIOS SANADOS).....	32
2.3 TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE	34
2.4 TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL.....	36
3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	40
3.1 ADMISSIBILIDADE DE PROVA ILÍCITA PELO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: CONTRA OU A FAVOR DO ACUSADO	43
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso traz um estudo acerca da possibilidade de admissão da prova ilícita em âmbito de processo penal. Ainda, busca averiguar a amplitude da prova ilícita na lei penal vigente, com enfoque na possível admissibilidade, em razão da aplicação do princípio da proporcionalidade (*pro reo e pro societate*). Ademais, o estudo estender-se-á a análise da prova ilícita por derivação, diante da sistemática da adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), bem como a verificação das teorias excludentes de contaminação aplicadas no processo penal pátrio - do nexos causal atenuado, da fonte independente e da descoberta inevitável -. Tudo sob o viés do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, artigo 157, do Código de Processo Penal, e ainda da Lei 11.690/08.

Busca averiguar se há possibilidade de admitir-se, no processo penal brasileiro, a utilização de provas ilícitas na produção probatória, mesmo diante da vedação imposta através de dispositivo constitucional. Ademais, tem por objetivos a verificação dos possíveis desdobramentos na legislação que dariam ensejo a possibilidade de admissão da prova ilícita no processo penal, e ainda pontuar acerca do conceito e da finalidade da prova penal, sua produção e seus meios, conceituar os tipos de prova, em evidência, a prova ilícita e prova ilícita por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada). Deverá analisar os efeitos da admissibilidade da prova ilícita no que tange à garantia constitucional do contraditório e ampla defesa, apontando, com fundamentos no art.157, do Código de Processo Penal, quais teorias norteiam a sistemática de exclusão da contaminação da prova ilícita, aplicadas no direito pátrio. Definirá a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em relação as provas ilícitas, utilizadas contra ou a favor do acusado e por fim extrair da jurisprudência, em especial e majoritariamente, dos Tribunais Superiores, as principais decisões que norteiam as discussões.

Destarte, resta comprovada a relevância da presente pesquisa, uma vez que possibilita o entendimento das consequências da admissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro. É viável o estudo, considerando que está amparado pela

vasta disponibilidade de materiais, como doutrinas, leis e jurisprudência, que comporão e tornarão possível a construção de tal análise.

Por tratar-se de tema que ainda levanta discussões entre os doutrinadores brasileiros, tal investigação tem por objeto o incentivo de novas pesquisas acerca da temática, a partir da análise do entendimento atual sobre o tema, além da reflexão das consequências que uma possível utilização deste tipo de prova, que, a princípio, não é admitida, gera em âmbito de processo penal. Tal entendimento resta essencial aos juristas, estudantes e bacharéis, principalmente aqueles que pretendam exercer a advocacia ou ingressar em concursos públicos, em especial da magistratura, que inclusive, tem cobrado muito do assunto em seus exames.

. Para efetivamente desenvolver este estudo, utilizou-se na sua construção de pesquisa bibliográfica e documentação indireta, especialmente livros e jurisprudências, e realizando a abordagem de forma hipotético-dedutiva, com coleta de dados bibliográfica, possuindo cunho teórico-empírico e explicativo.

No primeiro capítulo abordar-se-á de maneira geral o instituto da prova penal, ou seja, a teoria da prova, voltando-se ao estudo da evolução do sistema probatório, a conceituação da prova e meios de prova, a elucidação do procedimento probatório e ainda verificar os direitos e restrições à prova.

No segundo capítulo, a pesquisa direciona-se a sistemática da prova ilícita no processo penal, cujo exame minucioso do artigo 157 do CPP leva a análise da prova ilícita por derivação – a chamada teoria dos frutos da árvore envenenada, e as demais teorias pelo mesmo dispositivo suscitadas, quais sejam, a teoria do nexo causal atenuada, a teoria da fonte independente, e a teoria da descoberta inevitável.

O terceiro e último capítulo trará por fim a investigação do princípio da proporcionalidade no processo penal, e as consequências que vem trazendo na fundamentação de sentenças, sob o enfoque da admissibilidade da prova lícita mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, contra ou a favor do acusado.

1 TEORIA DA PROVA

O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988 assegura que nenhuma pessoa será privada de sua liberdade sem que haja a instauração do devido processo legal, que garanta o contraditório e a ampla defesa (BRASIL, 1988).

Em âmbito penal, o poder-dever de punir, o *jus puniendi*, cuja exclusividade é do Estado, surge no momento em que um indivíduo pratica fato considerado crime, o qual, sob os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, é tido como “[...] uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida” (NUCCI, 2016, p. 231).

Diante disso, o Estado utiliza-se do processo penal como instrumento para realizar a punição daquele que agir contrariamente ao disposto em lei, cuja finalidade, segundo Capez, é “[...] propiciar a adequada solução jurisdicional do conflito de interesses entre o Estado-Administração e o infrator, através de uma sequência de atos que compreendam a formulação da acusação [...] e o julgamento da lide” (CAPEZ, 2016, p. 321).

Resta o entendimento, portanto, que a autoria e a materialidade de uma infração penal somente serão conhecidas das por meio das provas, o que garante a sua importância e indispensabilidade para a autenticidade dos fatos.

Realizadas estas colocações, este capítulo tem por objetivo discorrer, de maneira geral e singela, sobre a prova penal, no que tange a evolução do sistema probatório, o conceito e finalidade da prova penal, bem como sucintamente, a abordagem de meios de prova, do procedimento probatório, e por fim, uma breve análise dos direitos e restrições à prova.

1.1 EVOLUÇÃO DO SISTEMA PROBATÓRIO

A prova é o meio utilizado no processo penal para convencer o magistrado acerca da autoria ou inocência da prática do delito. Cabe a este importantíssimo sujeito do processo, portanto, absorvê-la e valorá-las, a fim de construir a sua decisão.

Essa análise das provas sofre influência do sistema de avaliação utilizado no ordenamento jurídico. A maneira que o juiz procederá, portanto, diante das provas, será orientada a partir dos sistemas de avaliação, os quais exercem, de certa forma, uma verificação sobre a atividade julgadora. Existem, basicamente, três sistemas

sobre o assunto, aceitos pela doutrina brasileira, que a seguir serão analisados: Sistema da íntima convicção, Sistema da prova tarifada, Sistema da persuasão racional do juiz também conhecido como convencimento motivado (LIMA, 2017).

No primeiro sistema acima referido, qual seja da íntima convicção, o magistrado possui a liberdade de decidir a partir de suas crenças e pensamentos pessoais, sem motivar sua decisão, tampouco embasá-la em dispositivos legislativos, uma vez que as provas não possuem valoração (TÁVORA; ALENCAR, 2017). Dessa forma, “[...] a decisão é o resultado da convicção do magistrado, sem que seja necessária a demonstração de razões empíricas que justifiquem seu convencimento” (LIMA, 2017, p. 617).

Este tipo de sistema é adotado no processo penal brasileiro com o procedimento do Tribunal do Júri, cujo grupo de jurados decide a partir de suas convicções pessoais, de forma imotivada e sem qualquer fundamentação, inclusive a partir de qualquer elemento não contido nos autos e até mesmo contra a prova (CAPEZ, 2016).

O professor Aury Lopes Jr. faz uma severa crítica acerca da utilização desse tipo de sistema no direito brasileiro pela forma do Tribunal do Júri, uma vez que utilizá-lo

[...] significa um retrocesso ao direito penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des) valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação. A amplitude do mundo extra autos de que os jurados podem lançar mão sepulta qualquer possibilidade de controle e legitimação desse imenso poder de julgar (LOPES JR., 2016, p. 377).

O entendimento do referido doutrinador, nada mais quer dizer, senão da desigualdade presente no Tribunal do Júri, uma vez que o corpo de jurados utiliza-se de seus pré-conceitos para fins de julgamento, uma vez que os quesitos são elencados sem nenhuma fundamentação, e, muitas das vezes, sem qualquer observância as provas contidas nos autos.

O segundo sistema de apreciação da prova do qual a doutrina brasileira faz menção é o sistema da prova tarifada, também conhecido como da certeza moral do legislador, sistema das regras legais ou da prova legal. Neste, o magistrado fica limitado à análise das provas a partir de valores já estabelecidos legislativamente,

cujas provas já possuem, de antemão, valor pré-estabelecido, e passível somente de aplicação (LIMA, 2017).

Pacelli, inclusive, explica que tal sistema surgiu

[...] como superação do excesso de poderes atribuídos ao juiz ao tempo do sistema inquisitivo, o que ocorreu de forma mais intensa a partir do século XIII até o século XVII [...] sistema das provas legais surgiu com o objetivo declarado de reduzir tais poderes, instituindo um modelo rígido de apreciação da prova, no qual não só se estabeleciam certos meios de prova para determinados delitos, como também se valorava cada prova antes do julgamento (OLIVEIRA, 2017, p. 340).

Ocorre que o legislador, percebendo seu erro em conceder total discricionariedade ao magistrado, sem qualquer observância legislativa, como defende o sistema da íntima convicção, e ainda, equivocando-se em estipular valor às provas, tornando o juiz adstrito a um critério de valoração que lhe negava a liberdade de se opor ao pré-estabelecido - mesmo que errado -, pensou em um novo sistema, que reunisse características dos dois já existentes, e sem exageros. A partir disso, surge o último sistema a ser aqui estudado, qual seja, da persuasão racional (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

Este sistema referido é o adotado no ordenamento jurídico pátrio, sendo inclusive positivado na Constituição Federal, a partir de seu artigo 93, IX¹, utilizando da sistemática que o juiz apenas pode decidir através das provas contidas nos autos, e não fora disso. Ainda, possui discricionariedade para valorar tais provas que existam no processo, desde que de maneira motivada e obedecendo ao critério da legalidade, refutando-se as provas ilegítimas e as ilícitas (RANGEL, 2015).

Em consequência disso, “[...] a liberdade do julgador lhe permite avaliar o conjunto probatório em sua magnitude e extrair da prova em sua essência [...] cabendo ao juiz imprimir na decisão o grau de importância das provas produzidas” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 456).

Logo, é notável entender que o campo do Direito sempre transitou pelas mais vastas possibilidades e teorias, sempre em virtude da busca pela satisfação da garantia dos direitos individuais e fundamentais dos cidadãos, e pela adequação a

¹Art. 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

realidade atual de cada sociedade, acompanhando suas mudanças e consequentemente duas demandas. Desta maneira, a presente pesquisa encerra sua primeira seção, assim partindo para a próxima, que visa a abordagem do conceito e finalidade da prova penal, como sendo um dos objetivos específicos deste estudo

1.2 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA

Para que o magistrado possa julgar e proferir sentença em um processo penal, obrigatoriamente, deverá analisar os fatos alegados por ambas as partes conflitantes entre si, ou com a Justiça Pública. Ambos litigantes, amparados constitucionalmente pelo direito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, e pela possibilidade de produção de provas, devem demonstrar ao juízo a veracidade dos fatos, a seu favor.

O termo “[...] prova origina-se do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação” (NUCCI, 2016, p. 301). Diante disso, prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do juiz, de modo a demonstrar os fatos explícitos no processo.

O processo penal “[...] é um instrumento de retrospectão, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico” (LOPES JR., 2016, p. 351). A reconstituição processual dos fatos permitirá a comprovação do alegado mediante a utilização dos meios de prova.

Dessa forma, pode-se compreender que as provas não pertencem às partes, mesmo considerando que estas as requerem e produzem, mas sim ao magistrado, que diante da sua análise, formará sua convicção e a proferirá na sentença de procedência ou improcedência. Considerando isto, é clara a grande importância do juiz nessa sistemática de produção probatória, este que, sem dúvidas, analisará as provas da forma mais coerente. (MENDRONI, 2015).

Guilherme Nucci, em notável lição, ensina que existem três sentidos para o termo prova:

[...] a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato (NUCCI, 2016, p. 301).

Compreende-se, portanto, que a produção probatória possui o escopo de levar a busca da verdade real, de comprovação e de entendimento da situação vivenciada pelos conflitantes. Nesta toada, faz-se indispensável ao processo penal, uma vez que permite ao Judiciário o conhecimento dos fatos expostos pelas partes (LOPES JR, 2016)

Sendo assim, provar equivale-se à demonstração da veracidade a partir do alegado, de modo a persuadir o julgador, e, conseqüentemente, convencê-lo. De igual modo, Silva, em sua preciosa lição, garante que “[...] o objeto da prova são os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação ou da exceção; sua finalidade é a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa” (SILVA, 2019, p. 16).

A finalidade da prova é possibilitar ao julgador o conhecimento dos fatos sobre os quais recairá a aplicação do Direito. Segundo Bonfim, “[...] a atividade de determinar o direito aplicável em cada caso concreto, portanto, depende de que o julgador conheça o conjunto de fatos sobre os quais a norma jurídica deverá incidir” (BONFIM, 2015, p. 356).

Logo, a principal objetivo da prova no direito processual penal é “[...] dirigir o poder-dever do Estado ao combate das transgressões à ordem pública elencadas na Lei Penal, de modo a aplicar as sanções cabíveis e compor os conflitos existentes” (SILVA, 2019, p. 17). Por isso, a prova é de fundamental importância no processo, pois por meio dela, as partes tentam demonstrar em Juízo a veracidade do determinado acontecimento.

Verifica-se, ante ao exposto, a importância do poder de convencimento das provas, as quais são indispensáveis à constituição da percepção do magistrado a respeito do crime em discussão, e que ainda servirão como embasamento à absolvição ou condenação do réu.

1.3 MEIOS DE PROVA

Meio de prova abarca tudo que possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo. A exemplo disso, tem-se a prova pericial, a documental, a testemunhal, a confissão, a busca e apreensão, e as demais elencadas no Código de Processo Penal (CAPEZ, 2016).

São os instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo. Dizem respeito, no entendimento de Renato Brasileiro, a “[...] uma atividade

endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes, cujo objetivo precípua é a fixação de dados probatórios no processo [...] os meios de prova somente existem no processo” (LIMA, 2017, p. 589).

São ferramentas que auxiliam o Juiz a conhecer a verdade dos fatos e formar sua convicção, de modo que, conhecendo a realidade e os acontecimentos que envolvem as partes, será possível proferir sua decisão, imparcial e justa, e respeitando o que condiz com o Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, Capez verifica que todas as provas previstas no ordenamento jurídico são chamadas de nominadas ou típicas, enquanto que as provas não inseridas em lei, mesmo legítimas, são chamadas de atípicas ou inominadas (CAPEZ, 2016). E ainda entende que:

Por tudo isso, então, é que não se pode considerar o Código de Processo Penal como limitativo em termos de meios de prova, tampouco interpretá-lo de forma restrita a ponto de considerar-se como exaustiva a regulamentação nele inserida. Bem pelo contrário. Na atualidade, é preciso ter em mente que a regulamentação dos meios de prova existentes no Código de Processo Penal não é taxativa, podendo ser aceitos meios de provas atípicos ou inominados, vale dizer sem regulamentação expressa em lei, amplitude esta que se justifica na própria busca da verdade real que sempre será o fim do processo penal. Enfim, desde que não importe em violação à Constituição Federal e às normas processuais gerais, essa categoria de provas despida de regulamentação própria terá, em tese, o mesmo valor das provas consideradas típicas ou nominadas (objeto de regulamentação legal) (CAPEZ, 2012, p. 439).

Acompanhando este raciocínio está Silva, ao discorrer que “[...] os meios de prova inserem as informações no processo e são os recursos diretos ou indiretos para alcançar a verdade dos fatos, ou seja, são os métodos pelos quais as informações sobre os fatos (provas) são introduzidas no processo” (SILVA, 2019, p. 20).

Considerando que, em princípio, todos os elementos podem ser levados como meios probatórios aos autos, a partir de quaisquer meios de prova, desde que não exista proibição legal, segue-se o estudo com a abordagem do procedimento probatório.

1.4 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

O procedimento probatório relaciona-se com a aquisição do conjunto de provas que serão utilizados para alcançar o convencimento do magistrado. Paulo Rangel o conceitua como o “[...] conjunto de atos com o escopo de alcançar, no processo, a

verdade processual ou histórica, formando o convencimento do juiz” (RANGEL, 2015, p. 514).

A doutrina majoritária defende que são quatro os momentos e fases para a produção probatória, quais sejam: fase de proposição, fase de admissão, fase de produção, e por fim, a fase de valoração. Importante mencionar que essa divisão justifica-se na necessidade do estabelecimento de critérios para o deferimento das provas requeridas (AVENA, 2017).

Na primeira fase, a fase de proposição, é o momento em que a produção da prova é proposta, a partir da configuração dos fatos que constituam a lide penal (BONFIM, 2012).

A segunda fase do procedimento probatório, como já referido, é a fase de admissão. Nesta, o magistrado decide quanto à admissibilidade ou inadmissibilidade das provas requeridas pelas partes, sob a análise de sua licitude (AVENA, 2017). Em razão disso, Távora e Alencar complementam que é

[...] nesta etapa do procedimento que a autoridade judicial autorizará a realização das provas requeridas, ou a introdução aos autos das pré-constituídas. Cabe ao juiz, fundamentadamente, funcionar como filtro, verificando a admissibilidade das provas que almejam ingressar nos autos ou daquelas que ainda estão por ser produzidas (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 659).

Posteriormente, verifica-se a fase de produção, na qual ocorrem os atos processuais envolvidos na realização de cada prova deferida pelo juízo, pois “constitui o momento em que a prova é produzida, ou seja, o ato ou procedimento por meio do qual determinado elemento de prova passa a integrar os autos do processo (BONFIM, 2012). Logo, a fase de produção é composta pelo conjunto de atos processuais que devem trazer a juízo os diferentes elementos de convicção oferecidos pelas partes.

Por fim, na fase de valoração, o magistrado atribuirá valor a cada uma das provas existentes nos autos, pelo que fundamentará a sua decisão. Em consonância essa fase, Norberto Avena esclarece que, “[...] o juiz, utilizando-se de seu livre convencimento e sempre motivando seu entendimento, apreciará cada uma das provas realizadas, conferindo-lhes o valor que julgar pertinente” (AVENA, 2017, p. 320).

Destaca-se, por fim, que o procedimento probatório relaciona-se a um estado de certeza. Se, eventualmente, houverem dúvidas ao final da atividade probatória,

aplicar-se-á a regra do *nemo tenetur se detegere*. Desta forma, inexistindo provas da prática do delito, ou dúvidas atinentes às circunstâncias que afastem o crime, deverá o juiz absolver o acusado. (BONFIM, 2012).

Finda a explicação atinente ao procedimento probatório, segue-se o estudo com a análise da sistemática do direito à prova e a vedação probatória.

1.5 DIREITOS E RESTRIÇÕES À PROVA

A produção probatória, sem dúvidas, é o momento mais importante do processo. Uma vez relacionada com a construção do fatos e alegações das partes, possui notável importância a decisão do magistrado. Em sendo assim, contribui ao Processo Penal, no sentido da busca da verdade, considerando estar em risco a liberdade do indivíduo. Assim, Bonfim anota uma maior tolerância na produção, tanto quanto maior rigidez na análise das provas coletadas (BONFIM, 2012).

O direito da prova resulta na possibilidade estendida à parte de servir-se de todos os meios que possui, a fim de tornar suas alegações como verdadeiras. Vale ressaltar, no entanto, que o que realmente convencerá o Juiz são o montante de provas presentes nos autos, ora apresentadas, visto que, em no ordenamento jurídico penal, todas as provas possuem a mesma importância, não havendo hierarquia dentre as mesmas.

Desta forma, tal direito aqui mencionado traduz-se na garantia do exercício do contraditório, valendo-se de instrumentos para a devida demonstração dos fatos, de forma que o interessado venha a participar de todas as fases do procedimento probatório, de modo que seja realizada, de forma satisfatória, a atividade jurisdicional (BONACCORSI, 2014).

Ocorre que, no entanto, o direito a prova, mesmo garantido pela Constituição Federal por meio de seus princípios e pelas demais legislações infraconstitucionais, não é absoluto. Mesmo que, como ora citado, a construção do conjunto probatório seja de suma relevância ao processo, existem alguns limites quanto a sua produção (SOARES, 2019).

César Silva contribui com seu entendimento de que

Mesmo sendo necessário chegar à verdade real dos fatos no âmbito do processo penal, não se podem sacrificar direitos e garantias constitucionais para que seja alcançado o fim almejado. Existem certas limitações previstas

no Código de Processo Penal e na própria Constituição Federal que devem ser observadas, sob pena de ser ferido o próprio regime democrático de direito (SILVA, 2019, p. 23).

Ante o exposto, observa-se que os princípios constitucionais e o respeito aos direitos fundamentais são freios aos exageros na produção probatória, ressaltado que os meios de prova não precisam, necessariamente estarem previstos na legislação para que possam ser utilizados, bastando, portanto, que não firam nenhum preceito constitucional ou processual. Aury Lopes Jr., nesse sentido, faz uma ressalva quanto ao “[...] cuidado necessário para não violar os limites constitucionais e processuais da prova, sob pena de ilicitude ou ilegitimidade dessa prova” (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 389).

Utilizando-se o Estado de métodos violadores de direitos para chegar a finalidade do processo, qual seja a construção e conhecimentos dos fatos, estaria por afetar toda a estrutura do sistema processual, uma vez que praticando tal ilícito, restaria a deslegitimação da punibilidade (LIMA, 2017).

Tratando finalmente da questão ora levantada do não absolutismo da prova penal, a doutrina majoritária elenca duas modalidades de provas vedadas: as provas ilegítimas e as provas ilícitas. Como observa-se a partir da redação do artigo 157, caput, Código de Processo Penal², mesmo com as alterações introduzidas com a Lei 1.690/2008 - a fim de regulamentar este tipo de prova -, não há qualquer distinção prevista expressa ou legislativamente entre as duas modalidades acima citadas, causando até certa confusão nos aplicadores do direito. Em resposta a tal dúvida, encarregou-se a doutrina de elucidar tal situação.

Portanto, provas ilegítimas e provas ilícitas nada mais seriam que espécies que fazem parte de um gênero, chamado de prova ilegal (AVENA, 2017). Esta última é assim entendida por trazer consigo afronta a norma legal ou constitucional.

Adentrando a questão suscitada, a lição do doutrinador Renato Brasileiro ensina que a prova será considerada ilícita quando “[...] for obtida através da violação de regra de direito material (penal ou constitucional) [...] se houver a obtenção de prova em detrimento de direitos que o ordenamento reconhece, a prova será considerada ilícita” (LIMA, 2017, p. 621).

² Artigo 157 do Código de Processo Penal: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei número 11.690, de 2008).

Existem diversas modalidades de inviolabilidades relativas às provas ilícitas presentes tanto na Constituição Federal, quanto na legislação infraconstitucional, tais como: resguardo da intimidade, da vida privada, da honra, e da imagem, inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados, inviolabilidade do domicílio, proibição ao emprego da tortura ou de tratamento desumano ou degradante (CAPEZ, 2016). Logo, qualquer afronta a estes tipos de direitos fundamentais, ora considerados direitos matérias, resultará a produção de prova ilícita.

Bem exemplifica, nesse sentido, Renato Brasileiro, ao imaginar que “[...] se determinado indivíduo for constrangido a confessar a prática do delito mediante tortura ou maus-tratos, tem-se que a prova aí obtida será considerada ilícita, pois violado o disposto no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal” (LIMA, 2017, p. 621).

À vista disso, é possível concluir que, geralmente, a produção da prova ilícita ocorre no momento da colheita da prova, inserindo aos autos, conseqüentemente, uma visão adulterada dos fatos, o que poderá causar um embaraço nas conclusões do magistrado (SOARES, 2011).

Em contrapartida, em relação à prova ilegítima, será aquela prova obtida mediante violação de norma processual. Fernando Capez adota como exemplos uma série de fatos que, se desrespeitados, dão ensejo a ocorrência de tal faculdade:

[...] o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 479, *caput* (CPP); o depoimento prestado com violação à regra proibitiva do art. 207 (CPP) (sigilo profissional) [...] As provas produzidas em substituição serão nulas por ofensa à norma processual e, portanto, ilegítimas, não podendo ser levadas em conta pelo juiz (CPP, art. 564, III, *b*), o que acarreta a absolvição por falta de comprovação da materialidade delitiva.

Ressalta-se, ainda, que, via de regra, as provas ilegítimas são produzidas dentro do processo, possuindo caráter endoprocessual, e referindo-se, portanto, ao momento de sua produção. (LIMA, 2017).

Em relação à deficiência de regulamentação quanto a esta questão de ilicitude e ilegitimidade não abordada pelo artigo 157 do Código de Processo Penal, explica Ada Pellegrini Grinover, referenciada por Renato Brasileiro que

A falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em conseqüência, o seu desentranhamento do processo. O não cumprimento da lei processual leva à nulidade do ato de formação da prova e impõe a sua renovação, nos termos

do art. 573, *caput*, do CPP" (GRINOVER, 2001, p. 125 apud LIMA, 2017, p. 623).

Ante o até aqui exposto, enfatiza-se a grande importância das provas, em seu procedimento e diversos meios, como elemento fundamental à elucidação dos fatos em matéria de processo penal, possibilitando ao magistrado a melhor forma de proferir sua decisão. Considerando que a produção probatória não possui caráter absoluto, não sendo admitido, portanto, a utilização de provas ilegais, a presente pesquisa segue seu estudo voltada, no próximo capítulo, à sistemática da prova ilícita – espécie de prova ilegal -, com enfoque no processo penal brasileiro.

2 PROVA ILÍCITA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O processo, tanto cível quanto penal, deve ser baseado na estrita legalidade, com observância às normas constitucionais e legislativas, uma vez que é o meio em que o Estado exerce sua jurisdição, garantindo aos indivíduos a resolução de seus conflitos. Assim, deve buscar-se a perfeição do ato jurídico, de modo a atingir sua efetiva validade e cumprir sua função. Implica dizer que seria a prova ilícita no processo (uma vez tida como causadora de afronta a direito material) um empecilho ao Judiciário em cumprir seu papel: garantir um devido processo legal.

Resgatando o ora tratado no capítulo anterior, a renomada processualista Ada Pellegrini, bem citada na obra de Bonnacorsi, reitera a conceituação de prova ilícita, como sendo “[...] a prova colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e mais especificamente do direito à intimidade” (GRINOVER, 2001, p.120; apud BONNACORSI, 2014, p. 65).

Tais provas, considerando a afronta que causam ao ordenamento jurídico, estão expressamente vedadas a partir do que dispõe o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. Mesmo com essa vedação imposta no referido dispositivo constitucional, não há qualquer conceituação ou regramento na Carta Magna acerca da prova ilícita, tampouco esclarecimentos sobre suas consequências, ficando, portanto, a cargo da doutrina conceituá-la e, de certa forma, “normatizá-la”.

Consoante a isto está o artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.690/08, reproduz a mesma vedação, dispondo que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 1941).

Diante da leitura e análise de tal dispositivo legislativo, entende-se pela não aceitação da incorporação de provas ilícitas aos autos do processo penal, e ainda, se tal fato eventualmente ocorrer, aplica-se a regra de desentranhamento dessa modalidade de prova ilegal.

É notável que a vedação da produção e utilização de provas ilícitas no processo penal foi assim estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de limitar a atuação do Estado em sua busca incessante por qualquer meio de prova possível a compor o conjunto probatório, de modo a não vir a ferir direitos e garantias

fundamentais dos indivíduos, cujo fatos devem ser descritos conforme realmente ocorreram (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

O constitucionalista Gilmar Mendes, sobre o tema em comento, ensina que

O âmbito de proteção da garantia quanto à inadmissibilidade da prova ilícita está em estreita conexão com outros direitos e garantias fundamentais, como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) e o direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV, in fine), ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e à proteção judicial efetiva, entre outros (MENDES, 2015, p. 548).

Tal ensinamento resta comprovado a partir das inúmeras pesquisas jurisprudências que embasaram este trabalho monográfico, pois realmente pode-se observar que as maiores violações a inadmissibilidade de provas ilícitas ocorrem justamente no sentido da quebra do sigilo de correspondências, invasões domiciliares sem autorização judicial e confisco e revista de telefones celulares pela autoridade policial.

A doutrina majoritária que defende a inadmissibilidade das provas ilícitas, o faz sob o fundamento de ser, tal prova, instituto causador de afronta aos princípios do devido processo legal da ampla defesa. Nesse sentido, vai ao encontro novamente à compreensão de Gilmar Mendes, considerando que

É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se considerarmos a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material (princípio da proporcionalidade/direito substantivo). Todavia, no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica (MENDES, 2015, p. 546).

Além da ordem que o caput do artigo 157 do Código de Processo Penal traz em relação ao dever de desentranhamento da prova ilícita do processo, nesse sentido o parágrafo 3º do referido dispositivo ainda assim dispõe que “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente” (BRASIL, 1941).

Diante do texto do referido parágrafo, comprova-se a necessidade de desentranhamento dessa prova considerada como proibida, uma vez que não poderá fazer parte do processo, sendo possível que as partes, caso queiram, acompanhar o incidente. No tocante à sistemática de desentranhamento da prova ilícita, Renato Brasileiro explica que uma das alternativas para fazê-lo, nessa situação que ele descreve, é a seguinte:

Caso a ilicitude da prova seja reconhecida em grau de recurso, tendo favorecido a defesa, a matéria só poderá ser examinada em apelação da acusação [...] Se a prova ilícita favoreceu a acusação, não haverá necessidade de decretar a nulidade da sentença, desde que, suprimida a prova ilícita, decorra a absolvição do acusado. Nesse caso, o Tribunal deverá determinar o desentranhamento da prova ilícita e julgar, desconsiderando-a. No entanto, se, mesmo com a supressão da prova ilícita, houver elementos que permitam a condenação, a melhor solução será a decretação de nulidade da sentença pelo Tribunal, para que outra seja proferida (LIMA, 2017, p. 624).

Ainda, no caso de trânsito em julgado da sentença que se baseou em prova ilícita, e havendo necessidade de dilação probatória, a decisão poderá ser desconstituída através de revisão criminal, podendo o réu, ser inclusive absolvido, sem a prolação de nova sentença; ou ainda, se não houver necessidade de dilação probatória, e esteja comprometida a liberdade de locomoção, há a possibilidade de utilização do *Habeas Corpus* (SILVA, 2019).

A seriedade da atividade jurisdicional do Estado no tocante a inadmissibilidade da prova ilícita, em respeito a preceitos constitucionais e legais, pode ser bem evidenciada na seguinte decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. PROVA ILÍCITA. Inviolabilidade do domicílio. Os policiais adentraram na residência do réu sob a justificativa de cumprimento de mandado de prisão de terceiro, que não foi encontrado. Contudo, nem mesmo é acostado aos autos o mandado de prisão, a fim de que se verificasse se o endereço ali constante condiz com o local a residência do réu. Aliás, há, no mínimo, dúvidas sobre o objetivo principal da diligência, na medida em que os próprios policiais referiram que havia “denúncia” de tráfico no local. A casa, como ASILO INVIOLÁVEL do indivíduo implica a necessidade do prévio mandado de busca e apreensão, caso contrário a residência/domicílio não seria ASILO. Deste modo, corolário lógico é a ilicitude da prova e, com sua inutilização, impõe-se a absolvição do acusado por ausência de provas da existência do fato. Apelo provido. Absolvição.

TJRS - APELAÇÃO CRIME nº 70052698347, 3ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, julgado em 01/02/2013 (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Nota-se, ante ao acórdão, a produção de prova ilícita mediante invasão de domicílio, realizada por autoridade policial sem apresentação de mandado judicial. Diante desta condição, em defesa do réu pugnou-se pela nulidade da prova produzida, restando provido o apelo e sendo absolvido, inclusive, o apelante. Muito provavelmente o policial realmente deparou-se com uma situação de traficância, mas pelo fato da produção probatória não estar amparada das formalidades legais, uma vez da não apresentação de autorização judicial, houve o desentranhamento da prova ilícita.

Portanto, com base no disposto pelo § 3º do artigo 157 do Código de Processo Penal, haverá o desentranhamento da prova se evidenciada sua ilicitude, impedindo o magistrado fundamentar sua decisão amparado naquela prova. Via de regra e diante uma visão técnica, haverá a inutilização da prova ilícita. No entanto, a partir dessa ilicitude, Lopes Jr. suscita uma questão de extrema importância, questionando quanto à imparcialidade do Juiz. Julgará ele da mesma forma após o contato com a prova ilícita, que nas mais das vezes, mesmo sendo ilícita, comprova o delito? (LOPES JR., 2016).

Tal situação possuía regulação específica no § 4 do artigo 157 da norma processual penal, também incluído pela Lei 11.690/2008, e que possuía a seguinte redação: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão” (BRASIL, 1941).

Diante desta “solução”, mesmo realizando o desentranhamento da prova ilícita dos autos do processo, estaria comprometida a imparcialidade do magistrado, sendo necessário, desta forma, que houvesse a declaração de incompetência do juiz da causa e remessa dos autos ao seu devido substituto (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

Ocorre que tal dispositivo, diante de diversas discussões, fora vedado, sob o fundamento da garantia de simplicidade e celeridade ao processo penal, uma vez que a substituição do magistrado que acompanhou todo o trâmite processual, por outro alheio ao caso, poderá causar prejuízos e atrasos ao andamento do processo³.

No tocante a esta “contaminação” do magistrado e a ruptura de sua imparcialidade, o renomado professor e jurista gaúcho Aury Lopes Jr. defende ser “[...]”

³ MENSAGEM Nº 350, DE 9 DE JUNHO DE 2008, Razões do Veto.

óbvio que o juiz que conheceu a prova ilícita não pode julgar, pois está contaminado. Não basta desentranhar a prova; deve-se “desentranhar” o juiz” (LOPES JR., 2016, p. 343).

Acredita ainda que há uma grande contaminação psicológica no magistrado ao ter contato com a prova ilicitamente obtida, pois mesmo não mencionando expressamente a utilização de tal tipo de prova na fundamentação de sua decisão, é impossível realizar uma “exclusão mental” da prova, e não sentenciar a partir dela (LOPES JR., 2016).

O fato é que, para garantir uma adequada jurisdição, precisa-se mais que apenas a presença do magistrado. Sobretudo, deve haver a adequação às regras do devido processo legal, para que o Estado efetivamente seja o garantidor de justiça, e não apenas mais um agente praticante de atos ilegais.

Uma vez adentrada a seara da prova ilícita em âmbito de processo penal, na próxima seção passaremos à análise das teorias relativas a este tipo de prova, com enfoque àquelas positivadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, sob o respaldo da legislação processual penal, doutrina e jurisprudência.

2.1 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁVORE ENVENENADA

A prova ilícita por derivação, também conhecida como teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), possui sua origem no caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*⁴, do ano de 1920, da Suprema Corte estadunidense, defendendo o entendimento de que o vício presente no tronco da árvore comunica-se com os frutos que dela forem derivados, ficando conjuntamente contaminados (CAPEZ, 2016).

Em outras palavras, é necessário que a prova compreendida como contaminada seja fruto de uma outra prova ilícita, sendo gerada e descoberta, portanto, somente através do incentivo e influência da prova manifestadamente ilegal.

A título de exemplo, corrobora o doutrinador Renato Brasileiro:

⁴ No caso SILVERTHORNE LUMBER CO v. US, de 1920, a Suprema Corte norte-americana reputou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca. Informação retirada da obra de Renato Brasileiro, Manual do Processo Penal – Volume Único, 2017, p. 626.

[...] suponha-se que alguém tenha sido constrangido, mediante tortura, a confessar a prática de um crime de homicídio. Indubitavelmente, essa confissão deverá ser declarada ilícita. Pode ser que, dessa prova ilícita originária, resulte a obtenção de uma prova aparentemente lícita (v.g., localização e apreensão de um cadáver). Apesar da apreensão do cadáver ser aparentemente lícita, percebe-se que há um nexo causal inequívoco entre a confissão mediante tortura e a localização do cadáver. Em outras palavras, não fosse a prova ilícita originária, jamais teria sido possível a prova que dela derivou. Nessa linha de pensamento, é possível concluir que a ilicitude da prova originária transmite-se, por repercussão, a todos os dados probatórios que nela se apoiem, ou dela derivem, ou, finalmente nela encontrem o seu fundamento causa (LIMA, 2017, p. 625/626).

Este tema é abordado a partir do texto do artigo 157 em seu § 1º, do Código de Processo Penal (também a partir da reforma imposta pela Lei 11.690/2008) estabelecendo que “são inadmissíveis a provas derivadas das ilícitas”. Portanto, a vedação constitucional e legislativa acerca da prova ilícita também se estende às provas que porventura vierem a derivar daquelas (BRASIL, 1941).

Esse entendimento é adotado majoritariamente pela doutrina brasileira, sendo também defendido por Edilson Bonfim. Segundo ele

[...] as provas derivadas ou que sejam consequência do aproveitamento de informação contida em material probatório obtido com violação dos direitos constitucionais do acusado, estão igualmente viciadas e não podem ser admitidas na fase decisória do processo penal (BONFIM, 2012, p. 495).

Outrossim, tal posicionamento também é adotado hodiernamente pelo Superior Tribunal Federal. Inclusive, interessante é a evolução pela qual seu entendimento passou para efetivamente decidir a que posição filiar-se. Com o julgamento do *Habeas Corpus* 69.912-0-RS⁵, no ano de 1993, é possível notar que o Pretório Excelso estava dividido quanto a esta questão. Neste julgamento, primeiramente, fora decidido pela

⁵ PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, "nas hipóteses e na forma "por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de ministro impedido (MS 21.750, 24. 1 1.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica - a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente. Votação por maioria. (HC nº 69.9 1 2/RS - Habeas Corpus - Relator: Ministro Sepúlveda Pertence - Publicação: DJ 25/3/1 994, p. 60 1 2 - Julgamento: 1 61 1 2/ 1 993 - Tribunal Pleno.)

admissibilidade de prova ilícita, uma vez que os ministros vencedores defenderam a tese de que não que não era justo desprezar as demais provas derivadas de uma prova ilicitamente obtida, somente em virtude deste fato da derivação. Mesmo assim, fez-se necessário um novo julgamento, o qual teve sua decisão reformada, prevalecendo, a partir disso, a tese pela inadmissibilidade da prova derivada da ilícita (SILVA, 2019).

Posteriormente, no ano de 1996, o Supremo novamente deparou-se com essa problemática da prova ilícita por derivação, no julgamento do *Habeas Corpus* 73.352/SP, e mais uma vez demonstrou sua posição, agora pacificada, pela inadmissibilidade das provas derivadas das ilicitamente obtidas. Vale lembrar, no entanto, que tal questão efetivamente fora pacificada com a publicação da Lei 11.690/2008, como ora tratado, uma vez que inseriu a reforma do artigo 157 e seus incisos, no Código de Processo Penal (SOARES, 2011).

Considerando a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência, no que tange a sistemática de não aceitação da prova contaminada por ser derivada de prova ilícita, veja-se que tal entendimento se comprova nas inúmeras decisões favoráveis a essa proibição, proferidas pela Colenda Corte. Nesse sentido:

AÇÃO PENAL. PROVA. ILICITUDE. CARACTERIZAÇÃO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONFISSÃO OBTIDA COM BASE NA PROVA ILEGAL. Contaminação. HC concedido para absolver a ré. Ofensa ao art. 5º, inc. LVI, da CF. Considera-se ilícita a prova criminal consistente em obtenção, sem mandado, de dados bancários da ré, e, como tal, contamina as demais provas produzidas com base nessa diligência ilegal.

STF - HC: 90298-7 RS, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, Data de Publicação: 15.10.2009 (BRASIL, 2009).

Nesta decisão proferida pelo Ministro Relator Cezar Peluso, observou-se a absolvição da ré, uma vez que sua confissão fora obtida mediante a utilização de prova ilícita. Assim, percebe-se que a mesma apenas confessou estando diante da apresentação de dados bancários extraídos sem qualquer mandado judicial, ou seja, através de prova derivada de prova ilícita. Fundamentando sua decisão, e bem elucidando o entendimento majoritário do ordenamento jurídico brasileiro, o Ministro Peluso defende que “a garantia constitucional da proibição da prova ilícita dá ao réu o direito de não ser denunciado, processado nem condenado com base em elementos

probatórios obtidos ou produzidos em incompatibilidade com os limites ético-jurídicos que circunscrevem a atuação estatal no tocante a persecução penal” (BRASIL, 2009).

Concluído o estudo da prova ilícita por derivação, resta comprovada a necessidade de delimitar suas consequências, a fim de conferir se todas as provas derivadas das ilícitas realmente estão contaminadas e devem ser descartadas. Para tanto, artigo 157, § § 2º e 3º mesmo traz a forma de se proceder, fazendo alusão a três teorias excludentes de contaminação, que também tem sua origem do direito norte americano: teoria no nexo causal atenuado, teoria da fonte independente e teoria da descoberta inevitável. Vejamos a seguir.

2.2 A TEORIA DO NEXO CAUSAL ATENUADO (LIMITAÇÃO DA MANCHA PURGADA, TINTA DILUÍDA OU VÍCIOS SANADOS)

Esta teoria foi desenvolvida no caso WONG SUN v. US (1963)⁶, também advinda do direito norte-americano, sendo positivada na legislação brasileira a partir da Lei 11.690/08, ante a redação do § 1 do artigo 157, qual seja: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras [...]” (BRASIL, 1941).

Desta forma, a presente teoria “[...] tende a afastar a prova ilícita por derivação se o nexo causal entre a prova primária e a secundária for atenuado em virtude do decurso do tempo [...] ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal” (LIMA, 2017, p. 631).

Assim, se a relação, o vínculo, o dito “nexo de causalidade” entre uma prova ilícita e a derivada for superficial e irrelevante, afastar-se-á a ilicitude. Nesse sentido, contribui o estudo de Bonfim, ao entender que “[...] na ausência de demonstração do nexo de causalidade [...] não se consegue estabelecer a relação de causalidade entre duas provas – a ilícita e a que dela supostamente decorreu –, razão pela qual não incidirá a teoria” (BONFIM, 2012, p.496).

Fábio Soares refere-se a este tema tratando como Doutrina da Atenuação. No entendimento do referido doutrinador, a ilegalidade na produção de uma prova de início já é transferida para a sua prova derivada. Entretanto, essa transmissão é

atenuada e torna a ilicitude tão insignificante, a ponto de evitar a exclusão da prova (SOARES, 2011).

Relevante é o ensinamento de Nucci, ao dispor que:

[...] a inexistência de nexos causal entre a prova ilícita e a prova acoimada de derivada da primeira. É possível que determinada prova seja apontada por qualquer das partes como derivada de outra, considerada ilícita. Entretanto, feita uma verificação detalhada, observa-se que não existe nexo de causa e efeito entre elas. Por isso, não se pode desentranhar a denominada prova derivada (NUCCI, 2016, p. 320).

Portanto, será admitida a utilização da prova aparentemente derivada da ilícita diante da inexistência de derivação, restando não evidenciado o nexo de causalidade entre as provas. Não havendo a contaminação, a prova poderá ser utilizada (SILVA, 2019).

Nucci, em sua obra, nos traz um claro exemplo da sistemática do nexo causal atenuado:

[...] afirma-se que a apreensão do objeto furtado somente se deu em razão da confissão do indiciado, extraída sob tortura. Seria a referida apreensão uma prova ilícita por derivação. Ocorre que, pela data do auto de apreensão, constata-se originar-se antes da medida assecuratória e, somente depois, o indiciado confessou a prática da infração. Logo, inexistente nexo causal entre ambas (NUCCI, 2016, p. 320),

Por fim, decidiu sobre o tema o Supremo Tribunal Federal:

FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL - INADMISSIBILIDADE - ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI)- SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE "CASA" - NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite,

contaminando-os, por efeito de repercussão causal [...] **Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária . - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA.**

STF - HC: 93050 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 10/06/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: 30.07.2008. (BRASIL, 2008, grifo nosso).

Nessa decisão proferida pela Suprema Corte, fora concebido *Habeas Corpus* ao acusado em virtude da independência da prova em relação a prova ilícita, fato que comprova a utilização deste mecanismo no direito brasileiro, sendo, inclusive forma de auxílio a defesa.

Ante todo o exposto, comprova-se a importância da análise do nexo de causalidade entre uma prova ilícita e a dela derivada, a fim de comprovar a presença ou não da relação entre ambas as provas, determinando, por fim, se há contaminação.

2.3 TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE

A teoria da fonte independente é mais uma maneira que o Código de Processo Penal prevê para contornar a teoria dos frutos da árvore envenenada. Também possui origem do direito norte-americano, do caso *Murray v. United States*, de 1988, é disciplinada pelo artigo 157, § 1º do CPP, que possui a seguinte redação: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” (BRASIL, 1941).

Conceituando tal teoria, tem-se como aquela obtenção de prova autônoma e independente, que não possui nenhuma relação com a prova ilícita e que nem dela venha a derivar. Aquela prova que sobreveio e foi produzida sem qualquer contaminação de prova ilicitamente obtida (RANGEL, 2015).

A teoria da fonte independente baseia-se precisamente “na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal [...] é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada” (OLIVEIRA, 2017, p. 191).

Desta forma, entre a fonte independente e a prova ilícita não há qualquer vínculo. A prova não contaminada há de ter sido obtida após o trâmite regular da investigação ou do andamento normal do processo. Sendo assim, tal prova se iguala a lícita, podendo fazer parte do procedimento probatório (SILVA, 2019).

Para explicar a origem da teoria ora discutida, utiliza-se das palavras de Aury Lopes Jr:

Exemplo de aplicação da teoria da fonte independente (independent source doctrine) ocorreu no caso *Murray v. United States*, em 1988, em que policiais entraram ilegalmente em uma casa onde havia suspeita de tráfico ilícito de drogas e confirmaram a suspeita. Posteriormente requereram um mandado judicial para busca e apreensão, indicando apenas as suspeitas e sem mencionar que já haviam entrado na residência. De posse do mandado, realizaram a busca e apreenderam as drogas. A Corte entendeu que a prova era válida, e que não estava contaminada. Isso porque, no entendimento da Corte nesse caso, o mandado de busca para justificar a segunda entrada seria obtido de qualquer forma, apenas com os indícios iniciais. Essa fonte era independente e pré-constituída em relação à primeira entrada ilegal (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 360).

Logo, a teoria em comento possui o condão de afastar os efeitos da contaminação contida na teoria dos frutos da árvore envenenada, em virtude da independência da produção da nova prova, sem relação com a ilícita já produzida. Desta maneira, se for possível comprovar que a prova produzida nada tem de relação com a ilicitamente obtida, não se faz necessária a sua exclusão do processo (SILVA, 2019).

É ainda válida a advertência nesta sistemática realizada por Renato Brasileiro, advertindo que:

Há de se tomar extrema cautela com a aplicação da exceção da fonte independente, a fim de não se burlar a proibição da valoração das provas ilícitas por derivação, dizendo tratar-se de fonte independente. Para que a teoria da fonte independente seja aplicada, impõe-se demonstração fática inequívoca de que a prova avaliada pelo juiz efetivamente é oriunda de uma fonte autônoma, ou seja, não se encontra na mesma linha de desdobramento das informações obtidas com a prova ilícita. Caso não se demonstre, inequivocamente, a ausência de qualquer nexos causal, fica valendo a teoria da prova ilícita por derivação (LIMA, 2017, p. 628).

É notável a utilização dessa teoria na fundamentação do acórdão a seguir:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ARTS. 21 E 214 C/C ART. 224, "A", E ART. 147, TODOS DO CÓDIGO PENAL. GRAVAÇÃO CLANDESTINA. DEGRAVAÇÃO. PROVA ILÍCITA. ORDEM CONCEDIDA PELO E. TRIBUNAL A QUO PARA DETERMINAR O DESENTRANHAMENTO DA REFERIDA PROVA. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA ÁRVORE ENVENENADA. IDENPENDÊNCIA

ENTRE AS PROVAS RECONHECIDA PELO E. TRIBUNAL A QUO. NECESSIDADE DE APURADO EXAME DO MATERIAL COGNITIVO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. Não há como acolher a pretensão do recorrente de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada (*the fruits of the poisonous tree*), aja vista que o vergastado acordão reconheceu a independência entre a prova tida como ilícita e as demais, razão pela qual entender de forma contrária demandaria o exame acurado do matéria cognitivo, o que, a toda evidência, se mostra inviável no âmbito restrito e expedido do *writ*. Recurso desprovido.

STJ – Agravo Regimental no Habeas Corpus 40089/MG (2004/0172124-9) – Quinta Turma – Rel. Min. Félix Fischer. Data de Publicação: 29.08.2005 (BRASIL, 2005).

Percebe-se que, nesse caso, a defesa alega que a ilicitude é proveniente de interceptação clandestina – na qual a mãe da vítima, esta última uma menor que estaria sofrendo abusos sexuais por parte do acusado, gravou, sem autorização judicial, as conversas que o réu mantinha com sua filha pelo telefone, comprovando os fatos -, pleiteando o desentranhamento dessas provas e das demais que dela são derivadas, bem como o trancamento da ação penal em curso.

No entanto, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça pela negativa de provimento ao recurso, no sentido de que não acolheu a teoria dos frutos da árvore envenenada, entendendo que as demais provas produzidas eram independentes da prova ilícita. Baseou-se, portanto, na teoria da fonte independente.

2.4 TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL

A teoria da descoberta inevitável, também chamada de exceção da fonte hipotética independente é mais um mecanismo de exclusão da derivação da prova ilícita presente no artigo 157 § 2º do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 8.690/2008, pois “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**” (BRASIL, 1941, grifo nosso).

Nota-se que o disposto refere-se a “fonte independente”. Ocorre que o legislador brasileiro, ao elaborar este dispositivo, acabou por fazer uma confusão de nomenclaturas. Sobre esse equívoco, que inclusive gera muitas discussões doutrinárias e posicionamentos diversos acerca da inconstitucionalidade da teoria da descoberta inevitável, explica Renato Brasileiro que, no caso em tela, não houve menção expressa à teoria da descoberta inevitável, cujo legislador fez uma confusão ao utilizar ao atribuir a conceituação desta teoria a teoria da fonte independente.

Dessa forma, o legislador, ao criar o artigo 157, §§ 1º e 2º positivou o mecanismo da Fonte Independente, mas o fez com o conceito do mecanismo da Descoberta Inevitável (LIMA, 2017).

E é justamente pelo motivo da inexistência da previsão expressa da descoberta inevitável que resultam as discussões acerca da inconstitucionalidade de tal teoria, pois como seria possível admiti-la em nosso ordenamento jurídico, sendo que sequer está expressa, e mais, ainda possibilita a utilização de uma prova, em tese, ilicitamente obtida.

Realizada a observação quanto a confusão contida no dispositivo legal, passa-se a conceituação da teoria em estudo. De regra, entende-se como descoberta inevitável da prova aquela que mesmo com a presença e a influência da prova ilícita, seria descoberta de qualquer forma, cujos caminhos e procedimentos de construção probatória, inevitavelmente, levariam a sua produção. Para tanto, faz-se necessária a presença de elementos que efetivamente comprovem que a prova seria adquirida de qualquer forma (TÁVORA e ALENCAR, 2017).

Corroborando Lopes Jr. no que tange as origens históricas da teoria em comento:

Já a exceção da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*) foi utilizada no caso *Nix v. Williams*, em 1984, para validar-se a prova que poderia ser, certamente, obtida por qualquer outra forma. No caso em julgamento, o acusado havia matado uma criança e escondido seu corpo. Foi realizada uma busca no município, com 200 voluntários, divididos em zonas de atuação. Durante essa busca, a polícia obteve ilegalmente a confissão do imputado, o qual especificou o local onde havia ocultado o corpo, tendo ele sido efetivamente encontrado no local indicado. Contudo, pela sistemática das buscas realizadas, em poucas horas os voluntários também teriam encontrado o cadáver. Logo, a descoberta foi considerada inevitável e, portanto, válida a prova (LOPES JR., 2016, p. 360).

Definindo com mais precisão a teoria da descoberta inevitável, Soares entende que ela ocorre se for possível comprovar que a prova seria descoberta inevitavelmente, sem a necessidade de influência de ilicitude por derivação. Inclusive, esta teoria, bem como a teoria da fonte independente, já vem sendo utilizadas na fundamentação de acórdãos proferidos, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, cuja consideração é a de que, se a decisão não estiver amparada exclusivamente em provas ilícitas por derivação, mas também em provas adquiridas através desse mecanismo, elas não se contaminam (SOARES, 2011).

De fato, as três teorias até aqui referidas possuem o escopo de atenuar os efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, pois se a prova ilícita não contribuiu integralmente à produção e encontro da prova derivada, resta autorizada a ser produzida (LIMA, 2017).

Aury Lopes Jr. faz uma severa crítica a teoria da descoberta inevitável, ao entender que a utilização desse tipo de exclusão de ilicitude, que vai em desencontro ao estabelecido na Constituição Federal, pode abrir portas ao que ele chama de “decisionismos e tratamento desigual”. Assim, o magistrado goza de uma discricionariedade altamente elevada, sendo a prova entendida como ilícita quando e por que ele quiser. De tal sorte, o perigo desta teoria reside na comprovação efetiva dos fatos, e não em meras suposições de uma prova que seria inevitavelmente descoberta (LOPES JÚNIOR, 2016).

O grande professor e jurista Lênio Streck também é duro em sua crítica à teoria em comento, descrevendo que o Estado em seu poder jurisdicional, ao adotá-la, estaria a utilizar-se de uma “evidência contaminada por meios lícitos”, cujo aplicador do direito estaria curando e “lavando” a ilegalidade da prova. Exemplifica, realizando uma comparação a um jogo de futebol, afirmando que valer-se do encontro inevitável seria o mesmo que permitir que um jogador fizesse um gol com a mão, pois, em algum momento da partida ela fará um gol com os pés. Assim, nada mais é que suposição (STRECK, 2019).

Por fim, com o intuito de comprovar a utilização desta teoria no direito brasileiro, decide o Supremo Tribunal Federal, nesse sentido:

EMENTA: CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. PROVA ILÍCITA. CONTAMINAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO: DERIVAÇÃO INEXISTENTE. LEGALIDADE DE PRORROGAÇÕES DO PRAZO INICIAL DA ESCUTA. ELEVADO NÚMERO DE TERMINAIS ALCANÇADOS PELA MEDIDA: POSSIBILIDADE. QUALIDADE DA DEGRAVAÇÃO DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS: TEMA ESTRANHO AOS LIMITES DO HABEAS CORPUS. [...] 3. Inicialmente, constatou-se que no interregno de sete dias, a saber de 5.11.2006 a 11.11.2006, as escutas telefônicas estiveram desacobertadas de autorização judicial, supostamente por erro da operadora. Esse interstício deu-se quando estavam avançados os trabalhos investigatórios, de sorte que já havia sido consolidada uma apuração. Para descaracterizar qualquer alegação de inidoneidade da apuração no malfadado período de sete dias, o acórdão combatido determinou o desentranhamento da prova obtida no referido intervalo, para que fosse “desconsiderada pelo juízo”. [...] Vale destacar, ainda, que a nulidade pontual de uma das provas não tem o condão de invalidar o processo ou mesmo o restante do conjunto probatório, que se mantém preservado. A consequência do reconhecimento da ilicitude da prova é a sua inadmissibilidade, conforme estabelece o inciso LVI do art. 5º da Constituição da República. Portanto, os

elementos cognitivos eventualmente apurados naquele interstício, por imperativo judicial, não poderão orientar a prestação jurisdicional. Não se mostrando isolada a prova colhida naquele intervalo, podem os demais elementos cognitivos, que dela não derivaram, orientar a prestação jurisdicional, mesmo porque prevalece, em detrimento à Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados, a Teoria da Descoberta Inevitável, como apontou o acórdão hostilizado. [...]. Pelos aspectos explorados pelo Impetrante não se prestam a invalidar toda a prova até então produzida e, mais que isso, a impedir a marcha regular do processo já em andamento, razão pela qual encaminho a votação no sentido de denegar a ordem. Por maioria de votos, a Turma denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Relatora.

STF – HC: 106.244 RJ, Relator Min. CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, Data de Publicação: 17/05/2011 (BRASIL, 2011).

Logo, nota-se que sob a presidência e relatoria da Ministra Carmen Lúcia, recentemente no ano de 2011, por maioria dos votos, a turma denegou o pedido de *Habeas Corpus*, fundamentado ante a ilicitude da prova produzida, uma vez que, no caso em comento, houve a realização de interceptações telefônicas durante um período de sete dias, sem autorização judicial, a fim de investigar tráfico de drogas, inclusive em âmbito internacional. Ocorre que outras interceptações foram realizadas em ocasiões diversas, estas sim sob mandado judicial, as quais, da mesma forma, comprovaram a prática do crime.

Diante disso, o voto bem fundamentado da Ministra Relatora foi no sentido de desentranhar dos autos a prova ilicitamente obtida, ou seja, a interceptação realizada naquele curto período, uma vez realizada sem a autorização judicial, e mediante a adoção da Teoria da Descoberta Inevitável, utilizar-se das demais provas oriundas das interceptações lícitas, já que foram independentes das primeiras ilícitas, e da mesma forma, e legalmente, também comprovaram o crime e seriam descobertas inevitavelmente..

Desta forma encerra-se o segundo capítulo desta pesquisa, tendo sua continuidade na sequência, com o terceiro capítulo, que de forma objetiva, abordará a questão da influência do princípio da proporcionalidade na possibilidade de acolhimento de provas ilícitas em âmbito processual

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O ordenamento jurídico brasileiro atualmente veda a utilização das provas ilícitas no processo penal, sob a justificativa de respeito aos princípios do devido processo legal e ampla defesa. O Estado, como sujeito portador do *jus puniendi*, muito mais que julgar ou absolver acusados, possui o condão de ser entidade garantidora de justiça e direitos aos indivíduos.

Como já estudado, o Código de Processo Penal, além de fortificar a teoria de inadmissibilidade de provas ilícitas, bem como as derivadas, indo de encontro ao estabelecido na Constituição, também traz atenuações a esta mesma sistemática, com o texto do artigo 157, e seus incisos, que dispõe ainda de teorias excludentes da contaminação da prova ilicitamente obtida. A partir disso, é possível vislumbrar que apesar de toda carga de legalidade e normatividade presente no respeito aos dispositivos da Carta Magna, nenhum dispositivo é absoluto. Sempre existiram momentos e circunstâncias de conflitos entre direitos, normas e princípios, cuja necessidade atual é a valoração maior de um em detrimento ao outro,

Sobre esse impasse, Soares dispõe que existem muitas divergências na jurisprudência e doutrina, visto que, por um lado, se tem a proibição de utilização de prova ilícita prevista em dispositivo constitucional, e por outro, a necessidade de utilização dessa mesma prova proibida, a fim de resguardar direitos fundamentais e superiores “em valor” em detrimento a legalidade processual, como a liberdade (SOARES, 2011). Nesse sentido, o meio mais eficaz de resolver questões conflitantes que envolvam garantias constitucionais seria a “ponderação de interesses”, considerando que por muitas vezes é impossível garantir todos os direitos previstos na legislação, cujas normas se sobrepõe, em alguns casos, sobre as outras (OLIVEIRA, 2017).

Com o escopo de resolver esta questão, incluiu-se e existe em no ordenamento jurídico pátrio, apesar de não previsto expressamente, um princípio de caráter constitucional, que vem permitindo a sobreposição de um direito em relação ao outro, possibilitando atenuar o conflito entre ambas as normas.

Foi na Alemanha, no período do pós-guerra, que se desenvolveu a chamada teoria da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), adaptada ao Direito judicial estadunidense como teoria da razoabilidade em virtude da ampliação dos direitos fundamentais e restrições à atuação arbitrária do Estado (CAPEZ, 2016).

Após esse evento, a proporcionalidade, sendo considerada um mecanismo de equilíbrio, foi inicialmente utilizada no âmbito do Direito Administrativo, com o fim de limitar o poder de polícia e o excesso de poder, e no controle de constitucionalidade (OLIVEIRA, 2017).

O princípio da proporcionalidade permite a ponderação e sopesamento de interesses, de modo a limitar a atuação das normas. Possibilita a renúncia de um direito em benefício de outro, de maior necessidade e valor em devida circunstância. Sendo necessário prevalecer um princípio em relação a outro, é indispensável a análise da necessidade atual (SILVA, 2019).

É válido o entendimento de Capez, ao entender que

De acordo com essa teoria, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes (admitir uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável). Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante. É preciso lembrar que não existe propriamente conflito entre princípios e garantias constitucionais, já que estes devem harmonizar-se de modo que, em caso de aparente contraste, o mais importante prevaleça (CAPEZ, 2016, p. 405/406).

Consoante a isso, Soares defende a ideia de que o princípio em comento visa a utilização da prova ilícita em casos extraordinários e excepcionais, a fim de garantir a prevalência do interesse mais relevante, e resguardar um direito que, em dado momento, é prioridade. Ainda, para o referido autor, em casos de concorrências entre direitos constitucionalmente positivados, os juristas devem harmonizá-los, de modo que todos sejam realizados, ao mesmo tempo que nenhum seja negado. (SOARES, 2011).

Segue discorrendo que

Não é difícil vislumbrar, portanto, que casos haverá em que os princípios da verdade real, do direito à prova e do direito à segurança, para não mencionar outros tantos princípios, sobrepor-se-ão aos igualmente princípios do direito à intimidade, à integridade, à dignidade, ao devido processo legal, à propriedade e aos princípios constitucionais, que veda a utilização de provas ilícitas, o que não é absurdo pensar, mormente se se considerar que as hipóteses de colidência são múltiplas e, numa sociedade complexa e dinâmica como a nossa, o que antes era importante, pode não o ser mais algum tempo depois (SOARES, 2011, p. 74).

Pode-se observar na doutrina, em especial nas obras de Fábio Soares e Lopes Jr., a existência de algumas correntes acerca da admissibilidade da prova ilícita. A corrente da Inadmissibilidade Absoluta, por exemplo, é aquela defendida pelos que segue a letra da lei quanto a vedação imposta pela Constituição, no artigo 5º, inciso LVI, considerando que a norma constitucional não permite exceções ou relativizações. Alicerça-se principalmente numa ideia de moralidade dos atos praticados pelo Estado e de índole constitucional, considerando que a ilicitude da prova ocasionaria nulidade e ineficácia do ato, devendo o Estado agir de forma que não importe em questionamentos e invalidades (LOPES JÚNIOR, 2016).

Bem explica Soares que os defensores da teoria acima estudada acreditam que admitir a produção e utilização de provas ilícitas, seria um mecanismo para o Estado no sentido de esconder a precariedade da sua atividade jurisdicional, cujas falta de investimentos em policiais levaria a produção de tais tipos de provas. Portanto, aceitando-as no processo, estaria permitindo-se o desrespeito a legalidade e as falhas do Estado (SOARES, 2011).

A corrente Favorável ou Permissiva ou Admissibilidade Processual da Prova, defende o entendimento (minoritário) que a prova ilícita deve ser sempre utilizada no processo, desde que não fosse atingida a norma processual, uma vez visando o maior interesse do processo. Assim, havendo ofensa ao direito matéria, a prova poderia ser produzida, apenas devendo serem retiradas dos autos as provas ilegítimas. Haveria a aplicação de uma sanção própria e apartada a violação de norma material, portanto (SOARES, 2011).

Por fim, a Corrente Intermediária, também chamada de Admissibilidade em razão do Princípio da Proporcionalidade, prevê a possibilidade da admissão da provas ilícitas em casos excepcionais e graves, partindo da premissa de que sejam evitadas posições radicais e absolutismos de princípios. Como fora estudado, viu-se que nenhuma norma ou princípio é absoluto, podendo assim correr o sopesamento entre eles, de modo a apurar qual tem a aplicação mais necessária em dado momento, e evitar injustiça, considerando que a prova ilícita pode ser a única forma de comprovar a inocência, ou provar a prática do delito (LOPES JÚNIOR, 2017).

Nesse sentido, segundo Pacelli, vedar a utilização das provas ilícitas de forma absoluta e aos termos da lei, pode desencadear injustiças e situações desproporcionais, pois respeitar-se-á a imposição da norma, e desprotegendo a garantia dos direitos fundamentais (PACELLI, 2017).

Távora e Alencar vão ao encontro ao ideal de que

O campo de atuação do princípio da proporcionalidade é polarizado. Tem-se admitido que ele deve ser tratado como um superprincípio, talhando a estratégia de composição no aparente "conflito principiológico" (ex: proteção à intimidade versus quebra de sigilo). Por sua vez, deve ser visto também na sua faceta da proibição de excesso, limitando os arbítrios da atividade estatal, já que os fins da persecução penal nem sempre justificam os meios, vedando-se a atuação abusiva do Estado ao encampar a bandeira do combate ao crime (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 94).

Na esteira deste entendimento posiciona-se Silva, discorrendo sobre a importância da compreensão de que é necessária, algumas vezes, a sobreposição de normas em relação as outras, considerando seu valor e a sua relatividade. Ainda, bem exemplifica aludindo que há situações, mesmo ante a grande relevância do direito à vida, em que este será sacrificado em prol de direitos como estado de necessidade e legítima defesa (SILVA, 2019).

O Estado, em sua atividade jurisdicional, sempre buscará o desfecho e a decisão mais justa ao caso. Mesmo em consonância com a legalidade e seriedade de sua função judicante, moldar-se-á mediante as necessidades atuais e mais urgentes dos indivíduos, de modo que efetivamente cumpra o seu dever de salvaguarda dos direitos fundamentais e a punição daquele que mereça tal sanção.

Conceituado o instituto da proporcionalidade, o estudo segue, na próxima seção, com a análise da admissibilidade da prova ilícita através da influência do princípio da proporcionalidade, a favor e contra o acusado.

3.1 ADMISSIBILIDADE DE PROVA ILÍCITA PELO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: CONTRA OU A FAVOR DO ACUSADO

É sabido que mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, resulta na possibilidade de acolhimento de uma prova ilicitamente produzida, tornando este fato uma exceção ao dispositivo constitucional que veda este tipo de prova. A doutrina brasileira faz alusão a duas situações as quais a prova proibida e a proporcionalidade podem conectar-se: a proporcionalidade *pro reo* (a favor do acusado) e a proporcionalidade *pro societate* (em favor da sociedade e contra o acusado).

Abordar-se-á primeiramente a questão da proporcionalidade a favor do acusado, como sendo aquela que possibilita a incorporação de provas ilícitas aos

autos, desde que a única forma do acusado comprovar sua inocência. Inclusive, a afirmação de Boulos, constitucionalista, é no sentido de que “[...] entende o Supremo Tribunal Federal que, excepcionalmente, nos casos de notória e extrema gravidade, as provas ilícitas podem ser admitidas em juízo, por força do princípio da proporcionalidade” (BOULOS, 2014, p. 701).

De fato, seria absolutamente contrário às regras de direitos fundamentais que houvesse a condenação do acusado em virtude da simples negação a utilização de prova ilícita, considerando que é papel do Estado combater este tipo de injustiça. Este, deve buscar pela eficácia do processo como meio de resolução dos fatos, a fim de sentenciar o verdadeiro culpado (LIMA, 2017).

O “não aproveitamento da prova em virtude da sua ilicitude poderia ocasionar condenação de quem se sabe e se julga inocente, pela qualidade probatória da prova obtida ilicitamente, o que seria, sob quaisquer aspectos, uma violação abominável ao Direito” (OLIVEIRA, 2017, p. 349).

Além disso, na dicção de Capez

[...] entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana (CAPEZ, 2016, p. 406).

Para fins de exemplificação, Soares imagina uma situação em que um acusado grava conversa entre outras pessoas, sem autorização judicial, cujo diálogo leva os interlocutores a confissão do fato ou a descrição dos detalhes da atividade criminosa, sendo o objetivo do réu a comprovação de sua inocência. Injusto seria se, em virtude da ilicitude da prova, mas mesmo restando evidente sua inocência, que o acusado fosse condenado (SOARES, 2011).

E é justamente por esse caminho que a proporcionalidade percorre: a atenuação dos excessos e do rigor dos dispositivos constitucionais e legislativos, afinal cada caso é um caso, e antes mais aceitável relativizar uma norma, em detrimento a punir um inocente.

A doutrina vem justificando a aplicação do princípio da proporcionalidade na ideia de que o réu, ao utilizar-se deste mecanismo, estaria em situação de estado de

necessidade ou legítima defesa, fato que o coloca em uma condição de exclusão de ilicitude. Quanto a isso, é pertinente a posição de Rangel, dispondo que

[...] é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei. Afirmamos ser aparente a infringência da lei por entendermos que o estado de necessidade exclui a ilicitude, pois a necessidade de salvar o interesse maior (liberdade de locomoção), sacrificando o menor (sigilo das comunicações telefônicas) em uma situação não provocada de conflito extremo, justifica a conduta do réu. Estará ele (réu) agindo de acordo com o direito e não de forma contrária (RANGEL, 2015, p.487).

Logo, tratando-se de produção de prova ilícita para a defesa dos direitos próprios da vítima, hodiernamente há o entendimento pela sua utilização, sendo necessária a comprovação de efetivo estado de necessidade e legítima defesa. Desta forma, não estaria o acusado ante a produção de prova ilícita, mas sim de prova lícitamente produzida, em virtude de que a ilicitude teria sua exclusão por conta do estado de necessidade e a legítima defesa (AVENA, 2017).

Ressaltam Távora e Alencar que a utilização da prova ilícita só deverá ocorrer com o objetivo de comprovar a inocência do acusado, não podendo ser utilizada em outro processo, tampouco para demonstrar culpa ou prejudicar terceiros. Dessa forma, havendo excessos nesse sentido, prova não deve ser utilizada (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

Comprovando a utilização do princípio da proporcionalidade em favor do acusado, nesse sentido

PROVA. CRIMINAL. CONVERSA TELEFÔNICA. GRAVAÇÃO CLANDESTINA, FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. JUNTADA DA TRANSCRIÇÃO EM INQUÉRITO POLICIAL, ONDE O INTERLOCUTOR REQUERENTE ERA INVESTIGADO OU TIDO POR SUSPEITO. ADMISSIBILIDADE. FONTE LÍCITA DE PROVA. INEXISTÊNCIA DE INTERCEPTAÇÃO, OBJETO DE VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL.AUSÊNCIA DE CAUSA LEGAL DE SIGILO E RESERVA DA CONVERSAÇÃO. MEO, ADEMAIS, DE PROVA DE ALEGADA INOCÊNCIA DE QUEM A GRAVOU. IMPROVIMENTO AO RECURSO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 5º, X, XII E LVI, DA CF. PRECEDENTES. [...] Não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, com intenção de produzir prova no intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior, a gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova. [...]

Tirante as situações excepcionais em que, no fundo, prepondera a exigência de proteção da intimidade, ou de outra garantia da integridade moral da pessoa humana, nenhuma consideração pode sobrepor-se à divulgação do relato de conversa telefônica, cuja prova seja necessária à reconstituição processual da verdade e, pois, à tutela de direito subjetivo do proponente, ou a resguardo do interesse público da jurisdição. [...] A objeção, consistente, é que, sendo sempre limitado pelas regras de exclusão, o direito a prova não basta por justificar a admissibilidade processual da eficácia da gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, antes de se lhe demonstrar a licitude, porque, no confronto com outros direitos, não se poderia, sem tal demonstração prévia, excluir nunca qualquer prova ilícita, que fosse a única possível no caso concreto. [...] Ou seja, não parece sensato impedir o uso de gravação que se traduza na prova cabal da veracidade daquilo que, em juízo, afirme a parte, ou a testemunha, como objeto de conversa telefônica de que haja participado, se é ilícito, ou se não é antes dever mesmo, relatar em juízo a verdade daquilo sobre que se conversou, é o a *fortiori* trazer a juízo gravação capaz de comprovar a fidelidade do relato ou da conversa, cujo conteúdo se invoque como verdadeiro.

STF – RE: 402.717-8 PR, Relator Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, Data de Publicação: 12/02/2008 (BRASIL, 2008).

A partir desse julgado proferido pelo Pretório Excelso, é possível comprovar a utilização por parte do judiciário nacional pela teoria da proporcionalidade em favor do acusado, às vistas da legítima defesa. O Ministro fundamenta seu voto a partir de quão grande seria a injustiça se, não podendo utilizar deste tipo de prova, mesmo que ilícita, o réu fosse efetivamente condenado.

Neste caso, o acusado utilizou-se de gravações clandestinas que vieram a ser juntadas aos autos e comprovar sua inocência, pelo juízo a quo. O Ministério Público descontente, interpôs o referido recurso, este que foi indeferido pela Suprema Corte, em virtude, como já estudado, da possibilidade da convalidação de uma prova ilícita em lícita, se presente a situação da legítima defesa.

A outra maneira de utilizar-se do princípio da proporcionalidade aplicado a admissibilidade da prova, é a proporcionalidade *pro societate*, ou seja, em favor da sociedade e contra o acusado. Segundo Capez, “consiste na admissibilidade das provas ilícitas, quando demonstrada a prevalência do interesse público na persecução penal” (CAPEZ, 2016, p. 406).

No entanto, esta modalidade apenas pode ser aplicada em casos excepcionalíssimos, em que a força da impunidade da criminalidade estivesse acima da produção probatória do Estado. A utilização frequente e desenfreada deste tipo de prova garantiria ao Estado poder amplo e ilimitado para desrespeitar direitos fundamentais, justificando-se na utilização do instituto da proporcionalidade (LIMA,

2017).

Sobre essa questão, é o entendimento de Soares que

O grande problema que se vislumbra na adoção da referida tese é o fato de termos, a partir de então, o Estado agindo de forma ilícita no mais das vezes e sempre alegando na defesa de seus atos ilícitos o instituto da legítima defesa, ou seja: quando da persecução penal, quando mais se espera deva o Estado se pautar pela legalidade, estaria este agindo contra a lei e invocando o instituto da legítima defesa a fim de acobertar ilegalidades cometidas contra direitos fundamentais e tudo em nome da ordem pública e da paz social (SOARES, 2011, p. 66).

Assim, ante a análise da doutrina e especialmente da jurisprudência dos Tribunais Superiores, é possível concluir que, via de regra, não está autorizada a utilização da prova ilícita em favor da sociedade, ou seja, contra o réu, com base no princípio da proporcionalidade. Renato Brasileiro discorre que na prevalência de interesses públicos/coletivos na produção e direito à prova, sem limitação, seria o mesmo que violar direitos fundamentais e individuais. Em busca da verdade e do combate à criminalidade todas as provas seriam admitidas, em exageros, violando-se a vedação constitucionalmente imposta no artigo 5º, inciso LVI da Lei Maior (LIMA, 2017).

Excepcionalmente, no ano de 1994, em decisão proferida pelo Supremo, adotou-se tal teoria, em razão da urgência do caso e pelos danos que viria a causar, se a atitude não fosse ter sido nestes termos:

HABEAS CORPUS. ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACORDÃO. OBSERVÂNCIA. ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO. UTILIZAÇÃO DE CÓPIAS XEROGRÁFICAS NÃO EUTENTICADAS. PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA. INDEFERIMENTO. [...] Aduz o impetrante que os pronunciamentos jurisdicionais ora questionados “estribaram seu convencimento em uma xerocópia autenticada de uma carta particular criminosamente interceptada e apensada aos autos e que serviu de apoio à decisão...” (fls.319/320). A legislação processual penal veda a utilização em juízo de cartas particulares, quando interceptadas ou obtidas por meios criminosos (CCP, art. 233). Esse preceito legal traduz a repulsa do sistema jurídico às provas ilícitas, cuja inadmissibilidade proclamada pela Constituição Federal (art. 5º, LVI). No caso, e tal como ficou evidenciado nos autos, inexistente prova de que a carta missiva em questão teria sido obtida por meio criminoso. De outro lado, impõe-se registrar que o conteúdo da carta não constitui o único elemento probatório produzido em juízo contra o ora paciente. A condenação penal do paciente resultou, segundo consta dos autos, da conjugação de diversos outros elementos de convicção produzidos ao longo do processo penal condenatório. De qualquer maneira, porém, impende salientar que a carta missiva em questão foi remetida pelo ora paciente, que se achava preso, a um destinatário que cumpria a pena em regime aberto (fls. 231). A Lei de Execução Penal, ao elencar os direitos do

preso, reconhece-lhe a faculdade de manter contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita (art. 41, XV). Esse direito, contudo, poderá ser validamente protegido pela administração penitenciária, consoante prescreve a própria Lei nº 7.210/84 (art. 41, parágrafo único). Razões e segurança pública, de disciplina penitenciária ou de preservação da ordem jurídica poderão justificar, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma escrita no art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

STF – HC: 70.814-5 SP, Relator Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, Data de Publicação: 01/03/1994 (BRASIL, 1994).

Nesse caso, a violação da carta remetida de condenado de dentro do presídio, a outro em regime aberto, possibilitou a descoberta de um plano de fuga em massa de vários condenados considerados perigosos, e ainda, o planejamento do sequestro de um magistrado de determinada comarca do estado de São Paulo, que haveria de ocorrer no dia da audiência. Diante disso, fez-se imprescindível a utilização de prova ilicitamente proibida, uma vez que o que estava em jogo era a segurança da sociedade em geral, bem como a integridade física do Juiz de direito. Portanto, aqui vislumbra-se a admissibilidade da prova ilícita contra o acusado, de forma urgente e excepcional.

Desta forma encerra-se o trabalho monográfico, cujo enfoque fora apresentar os diversos caminhos pelo qual a prova ilícita circula, as teorias que as rodeiam e os impasses doutrinários acerca da questão. Apresentada e explicada toda essa sistemática, sanam-se as dúvidas atinentes ao assunto.

CONCLUSÃO

O estudo do processo penal e do procedimento probatório passa a ter relevância a partir do momento que compreende-se sua importância no que se refere a condenação e absolvição dos acusados. Como já é sabido, a através da produção probatória que é oferecida a possibilidade ao magistrado de decidir conforme a verdade dos fatos, fundamentando suas decisões mediante a análise das provas que são juntadas aos autos, e do juízo de valor, mesmo que discricionariamente, faz de cada uma delas.

De fato, a Constituição Federal de 1988 trouxe expressamente, em seu artigo 5º, LVI, a proibição e inadmissibilidade de utilização de provas ilícitas no processo, garantindo, sob o viés e influências dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, que não indivíduo será julgado ou condenado mediante uma fundamentação ilegal e equivocada, em virtude do acolhimento das provas ilicitamente obtidas.

Confirmando esta vedação constitucional, sobreveio a Lei 11.690/2008, que alterou e incluiu algumas modificações ao artigo 157 do Código de Processo Penal. Este dispositivo, além de reforçar a proibição das provas ilícitas em âmbito processual, também destaca que essas, se porventura surgirem no processo, devem ser desentranhadas do mesmo, assim como também o devam as provas derivadas das ilícitas.

Pela análise de tais dispositivos, é possível concluir que o legislador preocupou-se em afastar por completo a utilização da prova ilícita e suas derivações do processo penal. No entanto, ao mesmo tempo que luta pela inadmissibilidade de tais provas, crie mecanismos para atenuar essa proibição, com a criação também inserida nos parágrafos do artigo 157 do CPP, da teoria nonexo causal atenuado, teoria da fonte independente e a teoria da descoberta inevitável. Essas, em suma, possuem o escopo de afastar a derivação advinda da prova ilícita, seja em virtude da atenuação entre o nexo causal de ambas as provas, através do caráter de independência que uma prova possui em relação a outra, ou pelo fato que, inevitavelmente, a prova seria descoberta, sem a necessidade da influência da prova dita proibida.

E é exatamente neste contexto que verifica-se a contribuição da presente pesquisa, uma vez que ressalta a importância da análise de cada situação de forma única e diferente, com o fim de evitar o descarte de provas que efetivamente viriam a comprovar a verdade dos fatos, a até mesmo a autoria e materialidade do delito, ou mesmo, por outro lado, para não utilizar-se de provas proibidas ao ordenamento jurídico vigente, evitando, assim, a nulidade do processo.

De sorte, este já é um tema pacificado, embora muito discutido, entre a doutrina e jurisprudência brasileira, sendo uníssono o entendimento pela não admissibilidade de provas ilícitas no processo. No entanto, tem se vislumbrado uma nova posição quanto ao assunto: a possibilidade de utilização de provas ilícitas em favor ou contra o acusado, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Partindo da premissa que nenhum princípio ou norma são absolutos, hodiernamente há no direito brasileiro o entendimento de que, a partir da análise do caso concreto, deverá ser realizado o sopesamento dos princípios e normas, de modo a resultar naquele que mais se adequa ao caso em questão e as necessidades do momento. Tem-se aí o princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade *pro reo*, ou seja, em favor do acusado, vem sendo admitida - como comprova-se na pesquisa pela apresentação de julgados -, naquelas situações excepcionais, cujo réu, amparado pelo estado de necessidade, ou principalmente, pela legítima defesa, goza do direito de utilizar-se de prova ilícita, esta que será convertida em lícita, se for a única forma que possui, ou uma forma eficaz, de comprovar sua inocência. Baseia-se na ideia de tão grande seria a injustiça de condenar alguém que se sabe inocente, pelo simples respeito a norma da inadmissibilidade de prova ilícita. Neste caso, portanto, em nome da proporcionalidade, a legítima defesa e a liberdade prevaleceriam sobre o devido processo legal e a norma de direito material.

Em questão a proporcionalidade *pro societate*, ou seja, contra o acusado, evidenciou-se que somente procederá em casos excepcionalíssimos, em que seja extremamente necessária a utilização de uma prova ilícita, se a segurança social estiver ameaçada ou se o Estado esteja em inferioridade à produção probatória.

O estudo monográfico preocupou-se, a todo momento, em comprovar as suas alegações e resultados através da apresentação das mais enraizadas doutrinas e mais importantes e bem fundamentados julgados acerca da temática, com enfoque naqueles proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. De maneira eficaz, elucidou todos

os questionamentos ora levantados no projeto de pesquisa, cujas dúvidas foram esclarecidas.

Por fim, resta em um tema de extrema importância, considerando que diariamente, mais e mais processos penais tem seu início, todos eles com o procedimento probatório e, nas mais das vezes, deparando-se com as eventualidades neste trabalho abordadas. Desta forma, a partir deste estudo, o jurista sabe como proceder ante as situações expostas e levantadas, de modo a garantir a eficácia da atividade judicante do Estado. Não se esquecendo, ainda, que é uma temática muito cobrada em concursos públicos, em especial, o da magistratura.

O Direito é uma área em movimento, sempre acompanhando o desenvolvimento das sociedades e da globalização, de modo a adequar-se às necessidades dos indivíduos e garantir de fato o cumprimento de seu papel, qual seja fazer justiça.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal esquematizado**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BONACCORSI, Daniela Villani. **As provas obtidas por meios ilícitos: uma análise de suas consequências no processo penal moderno**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed.rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689/1941. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 26 set. 2019.

_____. Lei nº **11.690/2008**. Altera dispositivo do Decreto-lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941 – Código Processo Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2008/lei-11690-9-junho-2008-576211-publicacaooriginal-99461-pl.html>>. Acesso em 05 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 40089**. Min. Félix Fischer. 5ª Turma. Minas Gerais. 29 ago. 2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7207004/agravo-regimental-no-habeas-corporus-agrg-no-hc-40089-mg-2004-0172124-9-stj/relatorio-e-voto-12957127>. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 90298-7**. Min. Cezar Peluso. 2ª Turma. Rio Grande do Sul, 08.set.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604068>>. Acesso em: 05 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 93050**. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Rio de Janeiro, 10 jun. 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720219/habeas-corporus-hc-93050-rj>>. Acesso em 20 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 106.244**. Min. Carmen Lúcia. 1ª Turma. Rio de Janeiro. 17 mai. 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626931/habeas-corporus-hc-106244-rj-stf/inteiro-teor-110025693>>. Acesso em: 01 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 402.717-8**. Min. Cezar Peluso. 2ª Turma. Paraná. 02 dez. 2008. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-402717-stf.pdf>>. Acesso em 05 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 70814**. Min. Celso de Mello. 1ª Turma. São Paulo. 01 mar. 1994. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748560/habeas-corpus-hc-70814-sp>>. Acesso em: 02 out. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. ver., ampl., e atual.- Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed., rev., atual., ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Crime nº 70052698347**, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 13/09/2012. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112561304/apelacao-crime-acr-70052698347-rs/inteiro-teor-112561314>>. Acesso em: 10 out. 2019.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. 8ª ed.rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2019.

SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Prova ilícita no processo: de acordo com a nova reforma do Código de Processo Penal**. 1ª ed. (ano de 2009), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Lênio. A tese da fonte independente e o Carf: o que é descoberta inevitável. **Consultor Jurídico**. São Paulo, jul. 2019. Seção Senso Comum. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-25/tese-fonte-independente-carf-descoberta-inevitavel>>. Acesso em 02 nov. 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12 ed.rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.