

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

RICARDO FELTRIN DA COSTA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA E SOBRE O ALCANCE
DA VERDADE REAL
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2020

RICARDO FELTRIN DA COSTA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA E SOBRE O ALCANCE
DA VERDADE REAL
TRABALHO DE CURSO**

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

Orientador: Prof. Rafael Lago Salapata

Santa Rosa
2020

RICARDO FELTRIN DA COSTA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA E SOBRE O ALCANCE
DA VERDADE REAL
TRABALHO DE CURSO**

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

Banca examinadora

Rafael Salapata

Rafael Salapata (Jul 24, 2020 10:25 ADT)

Prof. Ms. Rafael Lago Salapata – Orientador

Raul Marques Linhares

Raul Marques Linhares (Jul 24, 2020 11:50 ADT)

Prof. Ms. Raul Marques Linhares

William Garcez

William Garcez (Jul 24, 2020 13:15 ADT)

Prof. Esp. William Dal Bosco Garcez Alves

Santa Rosa, 23 de julho de 2020.

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia à meu pai José, minha mãe Maria, meus irmãos Diogo e Bruno, e meus amigos. Também aos dois professores orientadores pelos quais passei, primeiramente o Prof. Me. Lairton Ribeiro de Oliveira, e finalmente o Prof. Rafael Lago Salapata. Por fim, à todos os professores e funcionários da FEMA, de todas as áreas, setores e funções.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos dois professores orientadores pelos quais passei, primeiramente o Prof. Me. Lairton Ribeiro de Oliveira, e finalmente o Prof. Rafael Lago Salapata. O primeiro por dar luz às noções iniciais do projeto, e o segundo por dar toda ajuda e suporte para a finalização e concretização deste.

“A dúvida é o princípio da
sabedoria.”

Aristóteles

RESUMO

A presente pesquisa baseia-se no estudo das provas ilícitas e na possibilidade ou não de sua admissão no processo penal brasileiro, a partir de uma análise principiológica e do alcance da verdade real. Delimita-se esta pesquisa à discussão sobre a possibilidade ou não de admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro, com base nos princípios constitucionais da verdade real e da proporcionalidade, e também de uma análise principiológica acerca deste tema.

Sempre foi vedada a admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro. Porém, com a evolução do Direito, discussões contrárias a isso foram cada vez se tornando mais presentes.

Nesse contexto, a pergunta problematizadora da presente pesquisa questiona se é possível ou não o emprego da prova ilícita, em especial, à luz dos princípios constitucionais da verdade real e da proporcionalidade e de uma análise principiológica acerca disto.

A pesquisa pretende demonstrar que o postulado constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas não é absoluto, assim como nenhuma norma do ordenamento jurídico. Quer-se, assim, como objetivo principal dessa abordagem, evidenciar a possibilidade ou não de se admitir as provas ilícitas no processo penal brasileiro a partir de uma análise que privilegie o conteúdo jurídico dos princípios constitucionais da verdade real e proporcionalidade, e análise principiológica disto.

O tema abordado neste estudo foi escolhido por ser um assunto muito relevante do mundo jurídico na atualidade. Assevera-se que, tradicionalmente, se apregoa no meio jurídico o total descarte da possibilidade do uso dessas provas. Porém, no Direito, nada pode ser considerado absoluto, pois está sempre em evolução e autoconstrução, também para a possibilidade de aceitação destas.

Natureza da pesquisa, teórico-empírica, e tratamento de dados feitos de forma qualitativa. Plano de coleta de dados com documentação indireta. Método de abordagem o hipotético-dedutivo e comparativo.

O primeiro capítulo analisa a prova como forma de alcance da verdade real no processo penal, com uma ampla pesquisa sobre a natureza da prova. Já o segundo trata da análise principiológica sobre a (im)possibilidade do emprego da prova ilícita no processo penal brasileiro com grande pesquisa sobre doutrinas e jurisprudências acerca do tema.

Palavras-chave: provas ilícitas – admissão – processo penal

ABSTRACT

This research is based on the study of illicit evidence and the possibility or not of its admission in the Brazilian criminal process, based on a principled analysis and the scope of the real truth. This research is limited to the discussion on the possibility or not of admitting illicit evidence in the Brazilian criminal process, based on the constitutional principles of real truth and proportionality, and also of a principiological analysis on this theme.

The admission of illicit evidence in Brazilian criminal proceedings has always been prohibited. However, with the evolution of Law, discussions against this have become more and more present.

In this context, the problematizing question of the present research questions if it is possible or not to use illicit evidence, especially in the light of the constitutional principles of real truth and proportionality and of a principled analysis about this.

The research intends to demonstrate that the constitutional postulate of the inadmissibility of illicit evidence is not absolute, as well as any norm of the legal system. For this way, the main objective of this approach is to highlight the possibility or not of admitting illicit evidence in the Brazilian criminal process based on an analysis that privileges the legal content of the constitutional principles of real truth and proportionality, and a principial analysis of this.

The topic addressed in this study was chosen because it is a very relevant subject in the legal world today. It is asserted that, traditionally, the total dismissal of the possibility of using such evidence is traditionally proclaimed in the legal environment. However, in law, nothing can be considered absolute, as it is always in evolution and self-construction, also for the possibility of acceptance of these.

Nature of the research, theoretical-empirical, and treatment of data made in a qualitative way. Data collection plan with indirect documentation. The hypothetical-deductive and comparative approach method.

The first chapter analyzes the evidence as a way of reaching the real truth in criminal proceedings, with extensive research on the nature of the evidence. The second, deals with the principled analysis of the (im) possibility of using illicit evidence in Brazilian criminal proceedings with extensive research on doctrines and jurisprudence on the subject.

Keywords: illicit evidence – admissibility – criminal process

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS.

art. – artigo

FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis

p. – página

Súm. – Súmula

º – indicador ordinal

§ – Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A PROVA COMO FORMA DE ALCANCE DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL	12
1.1 A PROVA NO PROCESSO PENAL	13
1.2 A BUSCA DA VERDADE REAL NA PERSECUÇÃO PENAL	18
1.3 A PROVA ILÍCITA	22
1.4 (IM)POSSIBILIDADE DO EMPREGO DA PROVA ILÍCITA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	26
2 ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO EMPREGO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	37
2.1 A REGRA DE EXCLUSÃO (ORIGENS E DESENVOLVIMENTO)	38
2.2 EXCEÇÕES À REGRA DE EXCLUSÃO NO DIREITO AMERICANO	41
2.3 ILICITUDE POR DERIVAÇÃO (DESENVOLVIMENTO TEÓRICO E EXCEÇÕES À TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA)	45
2.4 PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	48
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa baseia-se no estudo das provas ilícitas e na possibilidade ou não de sua admissão no processo penal brasileiro, a partir de uma análise principiológica e do alcance da verdade real.

Delimita-se esta pesquisa à discussão constitucional, legal, doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade ou não de admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro, contextualizando-se as potenciais circunstâncias em que tal possibilidade se aplicaria, em especial num contexto de ponderação entre os princípios constitucionais da verdade real e da proporcionalidade, e também uma análise principiológica acerca deste tema. Aspecto que delimita temporalmente a discussão à vigência da Constituição Federal de 1988, que instaurou um Estado Democrático de Direito no Ordenamento Jurídico brasileiro, tendo-se como enfoque o Direito Processual Penal constitucionalizado.

O cerne do Direito e do mundo jurídico está na busca por justiça. Por esse motivo, sempre foi vedada a admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro, tendo-se em vista que se estaria cometendo uma injustiça para a busca de outra, sob o risco do abuso do poder estatal em dar respostas condenatórias à sociedade. Porém, com a evolução do Direito, discussões contrárias a isso foram cada vez se tornando mais presentes, afim de demonstrar que sua admissão pode ser possível, com base em fundamentos que são fulcrais ao próprio Ordenamento.

Nesse contexto, a pergunta problematizadora da presente pesquisa questiona se é possível ou não o emprego da prova ilícita, em especial, à luz dos princípios constitucionais da verdade real e da proporcionalidade e de uma análise principiológica acerca do tema. Dessa forma, apresentar o conceito básico de prova, demonstrando-se os fundamentos da vedação da prova ilícita, também fazer um cotejo do tema com os princípios da verdade real e da proporcionalidade. E por fim, investigar acerca de uma possibilidade de admissão de provas, na qual as provas ilícitas também poderiam ser utilizadas no processo penal, com base na aplicação da principiológica destacada.

A pesquisa pretende demonstrar que o postulado constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas não é absoluto, assim como nenhuma norma do ordenamento jurídico, sobretudo se pensada como garantia fundamental contra abuso de poder “condenatório” do Estado. Analisando-se a legislação, doutrina e jurisprudência sobre o tema, é possível identificar-se que não há posição plenamente consolidada. Quer-se, assim, como objetivo principal dessa abordagem, evidenciar a possibilidade ou não de se admitir as provas ilícitas no processo penal brasileiro a partir de uma análise que privilegie o conteúdo jurídico dos princípios constitucionais da verdade real e proporcionalidade, e análise principiológica acerca do tema.

O tema abordado neste estudo foi escolhido por ser um assunto muito relevante do mundo jurídico na atualidade. Assevera-se que, tradicionalmente, se apregoa no meio jurídico o total descarte da possibilidade do uso dessas provas. Porém, no Direito, nada pode ser considerado absoluto, pois está sempre em evolução e autoconstrução. Assim, a discussão acerca de sua admissão vem ganhando força e muitas discussões acerca da admissão de provas ilícitas vêm sendo desenvolvidas, muitas vezes com argumentos sólidos.

Quanto à natureza da pesquisa, trata-se de uma pesquisa teórico-empírica. E quanto ao tratamento de dados, serão feitos de forma qualitativa. Utilizou-se na coleta de dados a documentação indireta. A pesquisa teve como método de abordagem o hipotético-dedutivo e comparativo.

O primeiro capítulo analisa a prova como forma de alcance da verdade real no processo penal, com uma ampla pesquisa sobre a natureza da prova. Já o segundo trata da análise principiológica sobre a (im)possibilidade do emprego da prova ilícita no processo penal brasileiro com grande pesquisa sobre doutrinas e jurisprudências acerca disto.

1 A PROVA COMO FORMA DE ALCANCE DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL

A prova constitui um elemento fundamental no âmbito do processo judicial, sendo que é peça direta para o convencimento do juiz e da sociedade para com a lide. Esse convencimento pode resultar na absolvição ou condenação de um cidadão e trazendo danos irreparáveis para este.

Porém, como prevê a Constituição Federal em seu art. 5º, LVI, existe a limitação à liberdade probatória baseado no princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Provas ilícitas são aquelas que são obtidas com a violação de normas constitucionais ou legais. Estas devem invariavelmente desentranhadas do processo.

Porém, como em qualquer regra ou princípio no ordenamento jurídico, essa regra não é absoluta. Ao mesmo tempo que a Constituição Federal prevê o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, ela também elenca vários princípios de garantias individuais que acabam por colidirem em determinados casos

A Constituição Federal prevê expressamente a proibição da prova ilícita no processo penal, no rol de direitos e garantias individuais (art. 5º, LVI). Contudo, em determinadas situações, o Estado se depara com interesses antagônicos e conflitantes entre si. Dessa forma, verifica-se a importância do princípio da proporcionalidade, que se apresenta para indicar, no plano teórico, quais bens, sob quais formas de agressão e em que medida, merecem ser protegidos no caso concreto, aspectos que se pretende abordar nesse projeto.

A provas contidas nos autos do processo são os meios pelos quais o processo penal se desenrola. Sem estas, nada pode ser feito para a busca por justiça. Por este motivo, pode-se dizer que as provas são a “alma” do processo penal, uma vez que são a fonte basilar por onde todo o processo se estrutura. É a partir disso que se tem início toda a persecução penal, desde a sua fase inicial de investigação criminal, por onde as provas são produzidas, até a fase final de processo final, por onde as provas contidas nos autos têm seu uso efetivado.

A grande razão pela qual as provas serem o que existe de mais importante no processo penal é o fato pelo qual estes são os únicos efetivos meios para se chegar à verdade real do processo. O princípio da verdade real é, talvez, o principal

princípio do processo penal, pois se o objetivo central do direito é a busca por justiça, esta só pode ser alcançada através da verdade real dos acontecidos no acontecimento do crime. A única forma para se chegar à verdade real dos fatos é a prova, por este motivo, estes dois fatores estão intimamente correlacionados.

Neste capítulo, será explicado, inicialmente, o conceito básico de prova e como esta se contextualiza no processo penal. Posteriormente, será abordada a busca da verdade real no ambiente da persecução penal, através do princípio da verdade real com o uso das provas como base. Por fim, o objeto do tema central dessa monografia, a prova ilícita, será abordada. Explicando-se os motivos de sua vedação e em como tal veto constitucional vem por atrapalhar o objetivo central de todo o direito penal, que é a busca da verdade real e seu subsequente alcance da justiça.

1.1 A PROVA NO PROCESSO PENAL

Prova é uma palavra que vem do latim probatio, proba, probare, que significa demonstrar, examinar, reconhecer, formar juízo de. Silva e De Plácido entendem-na como a denominação legal “da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência do fato ou do ato demonstrado.” (SILVA, DE PLÁCIDO, 2003, p. 1125).

A palavra “prova” possui várias definições dos mais diversos autores no mundo jurídico, para Tourinho Filho, a prova deve:

[...] antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio “Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do thema probandum. (TOURINHO FILHO, 2017, p. 522).

Já para Aranha, a prova “representa os atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados”. (ARANHA, 2008, p. 05). Para Mirabete, provar é:

Produzir um estado de certeza, na consciência e na mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se

considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo. (MIRABETE, 2006, p. 249).

Aranha, por sua vez, destaca que a prova: “representa os atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados.” (ARANHA, 2008, p.5).

Assim sendo, provar é a demonstração ao juiz que um fato alegado é verdadeiro ou não. Nesse contexto, Nucci afirma que a prova tem três sentidos:

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, 2019, p. 338).

Ou seja, prova significa o processo, elemento, meio ou instrumento pelo qual se pretende convencer ou demonstrar para o Juiz que um fato é verdadeiro ou não, dentro de um processo judicial. Elemento fundamental para a existência de processo penal.

Sobre o objeto da prova, Tourinho Filho afirma que “todos os fatos sobre os quais versa a lide são objeto de prova (...) é o fato a ser provado”. (TOURINHO FILHO, 2017, p.522). O objeto da prova para Aranha “é o fato a ser demonstrado, isto é, todos os fatos sobre os quais versem a ação penal e devam ser verificados.” (ARANHA, 2008, p.26).

Desta forma, pode-se afirmar que o objeto da prova são todos os fatos que devam ser demonstrados e provados dentro do processo.

Já sobre a finalidade da prova, esta é o convencimento do Juiz sobre um fato alegado. Sobre isso Nucci afirma que “a finalidade da prova é convencer o Juiz a respeito da verdade de um fato litigioso, buscando a verdade processual (verdade atingível e possível).” (NUCCI, 2019, p.343)

Para Tourinho Filho, “o objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa”. (TOURINHO FILHO, 2017, p.523). Finalmente Prado afirma que a prova busca “formar o convencimento do Juiz sobre o que se alega e embasar a decisão final da demanda perante a coletividade”. (PRADO, 2009, p. 04).

Assim sendo, a prova não é meramente o convencimento do juiz sobre a verdade real dos fatos, mas também o embasamento da decisão deste para que a sociedade possa verificar a fundamentação da prova e sua regularidade.

Muito importante também é o meio de prova, que para Tourinho Filho: “[...] é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, perícia, (...), tudo são meios de prova.” (TOURINHO FILHO, 2017, p. 524).

Ou seja, meio de prova é instrumento usado para provar o alegado, o fato, podendo ser de muitas maneiras em acordo com o princípio da liberdade probatória, como exemplo, prova documental, testemunhal, pericial, etc.

Falando-se sobre a classificação das provas, os doutrinadores apresentam inúmeras classificações, obedecendo a diversos critérios. Aranha, fazendo uso do critério proposto por Malatesta, classifica as provas segundo três critérios: o do objetivo, o do sujeito e o da forma. Dessa maneira, a classificação das provas se resume da seguinte maneira:

Objeto da prova: o objeto da prova recai sobre o fato que pretende ser reconhecido como verdadeiro.

Este pode ser subdividido em direta e indireta. A direta é quando se refere imediatamente ao fato na qual a prova é desejada. Já a indireta, é aquela que se refere a outros fatos, que são chamados de indícios, que são alcançados através de raciocínio lógico.

Sujeito da prova: o sujeito da prova é a pessoa ou coisa de quem ou de onde derivou-se a prova.

Este pode ser subdividido em reais ou morais. Os reais são aqueles que aderem à coisa (indícios de impressões digitais, exemplo de prova pericial). Por sua vez, os morais são aqueles que tem por sua origem a pessoa humana (testemunho de crime, exemplo de prova testemunhal).

Forma da prova: estas podem ser testemunhais, documentais e materiais.

Na prova testemunhal, produzida por sujeito externo ao processo, existem as testemunhas, ouvida a vítima e acareações. Na documental, produzida através de documentos, há os escritos públicos ou particulares, cartas, livros, etc. Já na material, obtida por meio físico, químico ou biológico, há o corpo de delito, exames, vistorias, instrumentos do crime, etc.

Falando-se agora dos princípios gerais das provas no processo penal, que são as bases do ordenamento jurídico, são elas: auto-responsabilidade das partes, audiência contraditória, comunhão ou aquisição da prova, concentração, publicidade, livre convencimento motivado ou persuasão racional, vedação das provas obtidas por meios ilícitos, e liberdade probatória (estes dois últimos princípios são objetos de estudo do presente trabalho).

Autorresponsabilidade das Partes: para Aranha, este princípio prevê que cada parte “assume e suporta as consequências de sua inatividade, negligência, erro ou atos intencionais, pois tem o encargo de apresentar em juízo os elementos comprobatórios das alegações feitas e que lhe compete demonstrar”. (ARANHA, 2008 p. 32).

Audiência Contraditória: segundo Prado, o princípio da audiência é a base do princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da Constituição Federal), prevendo que produzida uma prova, seja dado conhecimento à outra parte e oportunidade desta apresentar manifestação. (PRADO, 2009, p. 6)

Comunhão ou Aquisição da Prova: Prado aduz que o significado deste princípio é de que uma vez produzida a prova, ela passa a integrar o processo, não pertencendo mais a nenhuma das partes. (PRADO, 2009, p.6)

Oralidade: por esse princípio, Prado entende que deve haver a predominância da palavra falada, como por exemplo, depoimentos orais, sobre a escrita. (PRADO, 2009, p.7)

Concentração: em relação à este princípio, Capez afirma que “como consequência do princípio da oralidade, busca-se concentrar toda a produção da prova na audiência”. (CAPEZ, 2019, p. 315)

Publicidade: conforme ensina Capez, “os atos judiciais, e portanto a produção de provas, são públicos, admitindo-se somente como exceção o segredo de justiça”. (CAPEZ, 2019, p. 315)

Livre Convencimento Motivado ou Persuasão Racional: Prado afirma que o princípio do livre convencimento motivado é a principal teoria adotada pelos Códigos de Processo Penal e de Processo Civil, referente à valoração das provas, que será livre pelo juiz (devidamente motivada). (PRADO, 2009, p.7)

Vedação das Provas Obtidas por Meios ilícitos: de acordo com o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, ninguém poderá ser condenado com base em prova ilícita. Este princípio é objeto de estudo neste trabalho.

Liberdade Probatória: no processo penal vigora o princípio da verdade real, por isso, há uma grande liberdade na produção de provas, porém essa liberdade não é absoluta, sofrendo algumas restrições. Este princípio também é objeto de estudo neste trabalho.

Voltando aos meios de prova, como já dito anteriormente, segundo Tourinho Filho, meio de prova é “tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, perícia, [...], tudo são meios de prova”. (TOURINHO FILHO, 2017, p. 524)

Mas o princípio da liberdade probatória, como já dito, não é absoluto e sofre algumas limitações legais, na qual Prado exemplifica as principais:

[...] a prova quanto ao estado das pessoas (art. 155, parágrafo único, do CPP, com redação dada pela lei nº11.690/2008), exame de corpo de delito obrigatório para as infrações que deixam vestígios (art.158, CPP), limitações de algumas pessoas que não podem depor ou que podem recusar-se a fazê-lo (art. 206 e 207 do CPP), e, por fim, a mais importante [...] a proibição de uso de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º. LVI, da Constituição Federal. (PRADO, 2009, p. 08).

Em relação à limitação quanto ao uso de provas ilícitas, este é objeto de estudo deste trabalho.

Já falando- se em ônus da prova, a palavra ônus vem do latim *onus*, que significa carga, encargo, gravame, peso, etc.

Badaró define ônus da prova da seguinte forma:

[...] uma posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito onerado obtenha um resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem contudo, configurar um ato ilícito. (BARDARÓ, 2003, p.173).

De acordo com o art. 156 do CPP, o ônus da prova cabe a quem alegar o fato. Como no processo penal quem, normalmente, alega o fato é o Ministério Público (autor da ação representando o Estado) quando faz a denúncia, é o próprio Estado quem deve provar o fato.

Sobre isso, Prado afirma que “por outro lado, ao réu cabe a prova das excludentes de antijuricidade e culpabilidade, bem assim das causas de diminuição da pena (gerais e especiais)”. (PRADO, 2009, p. 09).

Por fim, falando-se sobre os sistemas de avaliação da prova, de acordo com Nucci, os sistemas são três:

[...] a) livre convicção: é o método concernente à valorização livre ou a íntima convicção do magistrado, significando não haver necessidade de motivação para suas decisões. É o sistema que prevalece no Tribunal do Júri, visto que os jurados não motivam o voto; b) prova legal: é o método ligado à valoração taxada ou tarifada da prova, significando o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como, restringindo na sua atividade de julgar. [...] Há resquícios desse sistema, como ocorre quando a lei exigir determinada forma para a produção de alguma prova, v.g., art. 158, CPP, demandando o exame de corpo de delito para formação da materialidade da infração penal, quer deixar vestígios, vedando a sua produção através da confissão; c) persuasão racional: é o método misto, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada [...]. Trata-se do sistema aditado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, que encontra, inclusive fundamento na Constituição Federal (art. 93, IX), significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato. (NUCCI, 2019, p. 339).

1.2 A BUSCA DA VERDADE REAL NA PERSECUÇÃO PENAL

Dentro da persecução do processo penal, anda intimamente ligada a este o princípio da verdade real. Tal princípio é fundamental para o andamento penal, por óbvio, pois dentro deste se carrega os reais fatos geradores do processo. Qualquer base processual que se baseie em algo diferente disto, já se torna injusto, desde o nascituro, perdendo-se totalmente o propósito do direito. Por esse motivo, este tópico primeiramente abordará brevemente o conceito básico da persecução penal, para posteriormente explicar o princípio da verdade real. Suas finalidades, valores, críticas, ligações com a persecução penal e, por fim, com o tema central desta monografia.

A Persecução penal vem do latim “persecutio criminis” e significa o conjunto de atividades que o Estado desenvolve no sentido de tornar realizável a sua atividade repressiva em sede penal. No Brasil, é realizada pela polícia judiciária e pelo Ministério Público, que oferece denúncia ao juiz, dando início à ação penal pública.

Esta, no procedimento criminal brasileiro se divide em duas fases. Primeiramente acontece a **investigação criminal**, que é o meio mais comum para a

colheita de elementos de informações, conquanto não exclusivo, é o inquérito policial, onde ocorre a apuração de fato que configure infração penal e respectiva autoria, para servir de base à ação penal ou às providências cautelares. Segundo o art. 4º do CPP, cabe à polícia judiciária, exercida pelas autoridades policiais, a atividade destinada à apuração das infrações penais e da autoria por meio do inquérito policial, preliminar ou preparatório da ação penal.

Já, a segunda fase é o **processo penal**, ou fase processual, que é a ação penal em si após a investigação criminal ser concluída e enviada ao judiciário. A persecução penal é a soma investigação criminal prévia, com a ação penal posterior.

Quanto ao princípio da verdade real, este afirma que no processo penal, deve haver uma busca da verdadeira realidade dos fatos. No processo penal, a verdade real busca a apuração de fatos, que mais se correlacionam com algum ocorrido. Para a aplicação desse princípio, é necessário que se utilize todos os mecanismos de provas para a compilação idêntica dos fatos.

Tal princípio traz como norte aos juristas, quanto da aplicação da pena e da apuração dos fatos, ou seja, deve existir o sentimento de busca do julgador, e cabe ao magistrado buscar outras fontes de prova, somente a verdade real seja em sua essência atingida. Segundo Tourinho Filho:

[...] para que o juiz possa melhor formar suas convicções a respeito da matéria do processo, ele deve reproduzir por meio de provas os fatos que mais se aproximam com a realidade, ou seja, ele deve saber quem cometeu a infração, onde cometeu, quem foi a vítima, porque cometeu, de que forma cometeu, podendo assim, quem sabe, descrever minuciosamente o ocorrido, garantindo um julgamento justo para as partes.(TOURINHO FILHO, 2008, p. 315).

Porém, essa dita “verdade real dos fatos” não é algo tão simples de se atingir como parece. Essa expressão se opõe ao princípio da verdade formal, que vigora no direito civil. No processo de natureza cível, o juiz pode reputar como verdadeiros fatos não provados. No processo penal, até mesmo a confissão do réu não torna dispensável as demais provas, com base no art. 197 do CPP. Por isso, até mesmo fatos incontroversos são objetos de prova no processo penal

A palavra “verdade” em questão é alvo de críticas de várias ordens. Tanto na esfera filosófica, na teoria do conhecimento, quanto no plano das ciências exatas, vários estudos extremamente técnicos o que seja verdade. Questiona-se a

impossibilidade de que o ser humano consiga alcançar, seja pela razão, pelos nossos sentidos, e outras naturezas.

Por esse motivo, torna-se impossível acreditar que, no processo penal, através dos meios de prova e dialética do processo, possa de fato, o juiz criminal, atingir de fato a plena verdade. A verdade absoluta dos fatos em questão, relevantes para o julgamento.

Devido à estes motivos, considera-se por muitos estudiosos, a nomenclatura “princípio da verdade real” equivocada. O juiz não pode considerar como verdadeiros fatos que não estejam provados nos autos do processo. O magistrado não pode tirar conclusões de âmbito probatório, baseado na omissão das partes, diferentemente do que ocorre no processo civil.

Diferentemente do processo civil também, no processo penal, está sempre predominante o interesse público acima do individual. Isso ocorre tanto em aplicar de modo correto a lei penal que incrimina, quanto na tutela da liberdade das pessoas e demais direitos fundamentais. Assim, tal princípio aduz que, no processo penal, deve existir algum poder de instrução, ainda que em substituição em relação à atividade probatória das partes. Porém, este poder que o juiz tem em mãos deve ser utilizado apenas em grau de última alternativa, após a instrução processual, para assim ferir o sistema processual acusatório e a imparcialidade dos julgadores, com base no art. 156, II, do CPP.

O magistrado, estando em dúvida sobre algum ponto relevante para seu julgamento, e da mesma forma findados os meios probatórios, apenas lhe resta a absolvição do réu, pegando-se como base o princípio do “*in dubio pro reo*”, pois no processo penal, a falta de provas acarreta na sua absolvição. Sustenta-se que o ônus da prova é todo da acusação, afim de se evitar injustiças e condenações de réus verdadeiramente inocentes.

Mesmo assim, se ainda houver qualquer meio de prova à disposição, poderá o magistrado determiná-lo, mesmo sem iniciativa das partes, buscando um convencimento com segurança para a sua decisão, baseado em fatos que julgar relevantes, tanto para a condenação, quanto para a absolvição do réu. Não é esse ato de ofício que comprometerá a imparcialidade do magistrado, pois existem inúmeros outros fatores mais eficazes que o fazem, como se comprova na realidade do dia-a-dia.

Como já dito anteriormente, a busca dessa dita “verdade real” não é tão simples quanto parece. Defende-se que, pelo exposto em questão, não é a “verdade real”, o que de fato se busca. Tendo-se por aplicação este princípio na realidade factual do processo penal, a nomenclatura mais correta seria “Princípio da Busca do Convencimento do Juiz”, como defende-se na doutrina.

Dessa forma, deveria o magistrado buscar a prova para formar o seu convencimento, sempre de forma discreta e após a atividade probatória das partes, tendo em base os postulados do sistema acusatório. Formado o seu convencimento, diante da prova dos autos do processo, se for o caso, o juiz prolatará a decisão, porém sem nunca saber com certeza a verdade absoluta de fato.

No processo penal, por tudo que acima referido, não se busca de fato a verdade plena, Esta é por assim dizer uma utopia e é segregada da realidade de fato, infelizmente. O que busca-se de fato, dentro da realidade factual do dia-a-dia do processo penal é, sim, que o convencimento do juiz seja formado exclusivamente em razão dos fatos efetivamente trazidos à sua apreciação e que estejam nos autos. Tudo isso com o crivo contraditório processual da Constituição Federal.

Ainda falando-se sobre o princípio da verdade real, ligando esta com o assunto central desta monografia, sabe-se que o maior objetivo do processo penal é que se chegue ao mais próximo possível da realidade dos fatos. Por este motivo, a verdade real é tão importante no processo penal. Porém, é de conhecimento de todos que as provas obtidas por meios ilícitos, não devem ser aceitas para condenar o réu.

As provas são os meios em que o juiz baseia a sua decisão. Logo, quanto maior número de recursos probatórios, quanto mais provas, mais próximo da almejada justiça se consegue chegar. Mesmo assim, provas ilícitas devem ser barradas de acordo com vários argumentos jurídicos.

O princípio da verdade real consiste-se em sobressair das provas nos autos para total elucidação dos fatos. Isso tudo tendo em vista a gravidade dos fatos em âmbito penal.

Embora buscada no processo penal, essa “verdade real” é muito difícil de ser alcançada como retrato fiel dos crimes cometidos. Isso ocorre pois esta será sempre a verdade estritamente processual, sempre uma verdade reconstituída. Isso faz com que a verdade real e factual do acontecido acabe por ficar mais distante, pois o processo nunca será tal e qual a verdade factual, ainda mais com provas ilícitas

tendo de ser desentranhadas do processo. As provas acabam por ser dependentes do maior número de contribuições das partes e até do próprio juiz.

De acordo com o CPC, a mera falta de impugnação do réu ao fato alegado já caracteriza como verdadeira as alegações. Já, no processo penal, é obrigatória a materialização da prova a respeito dos fatos alegados. Mesmo que não sejam impugnadas as alegações pelo réu ou até mesmo confessadas, cabe à acusação a produção de provas, o que é chamado de verdade material, a materialização das alegações.

Para que seja alcançada a verdade real no processo, é preciso que as alegações sejam materializadas por meio de provas. Estas, passadas ao julgador, cabe o seu livre convencimento a respeito de tais.

Sobre o princípio da verdade real, frente ao tema central dessa monografia, o alcance dessa verdade acaba por se fazer limitada devido às limitações constitucionais do uso de provas ilícitas. Baseando-se em princípios citados neste trabalho, busca-se a relativização dessa normativa.

A busca da verdade real na persecução penal está em choque direto com o princípio da não admissão de provas ilícitas. Como já anteriormente dito, quanto mais provas estiverem disponíveis, mais próximo da verdade real e realidade dos fatos se estará.

A bem verdade é que, o princípio da verdade real e o da não admissão de provas ilícitas, são totalmente contraditórias entre si, tal qual os outros princípios também citados no título desta monografia. É justamente baseado nisso que este trabalho se baseia. No choque dos princípios constitucionais e na consequente possibilidade de admissão de provas ilícitas.

1.3 A PROVA ILÍCITA

Anteriormente neste trabalho foi feita uma abordagem sobre os elementos gerais da prova. Após isso, uma abordagem sobre a verdade real na persecução penal. Isso serve como base para a abordagem do tema das provas ilícitas, tema essencial para o decurso dessa pesquisa.

Provas ilícitas são as obtidas de modo ilegal. Por força da redação do art. 157, do CPP, estas devem ser prontamente excluídas do processo para a manutenção da harmonia jurídica.

É nesse ponto que reside o princípio da Vedação das Provas Obtidas por Meios Ilícitos, anteriormente abordado neste trabalho. Nucci apresenta o conceito do termo “ilícito”:

Ilícito advém do latim (*illicitus* = *il* + *illicitus*), possuindo dois sentidos: a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais do direito. Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo do termo ilícito, vedando a prova legal e ilegítima. (NUCCI, 2019, p. 349).

Segundo Capez: “[...] quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita.” (CAPEZ, 2019, p.288). Para Gomes: “[...] provas ilícitas, por força da nova redação dada ao art. 157 do CPP, são as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” (GOMES, 2008, p.35).

Corroborando com Gomes, o art. 157, caput, do CPP, prevê: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. (BRASIL, 1941).

De acordo com Prado, provas ilícitas podem ser diferenciadas e conceituadas de forma ampla (*latu sensu*) e de forma genérica. Na forma ampla, as provas ilícitas são as obtidas com violação do ordenamento jurídico, como, por exemplo, a prova obtida por meio de tortura, que é vedada pela constituição federal em seu art. 5º, III. Já na, forma genérica, as provas ilícitas são as provas proibidas, vedadas, podendo ser divididas em provas ilícitas propriamente ditas e provas ilegítimas. (PRADO, 2009, p. 11).

Tendo em vista tudo isso, chega-se à conclusão de que provas ilícitas são aquelas que foram obtidas por meio de violação ao direito material, constitucional ou legal. Cabe, porém, fazer-se uma diferenciação do que são provas ilícitas e provas ilegítimas.

Sobre provas ilegítimas, Gomes afirma: “[...] prova ilegítima é a que viola regra de direito processual momento de sua obtenção em juízo (ou seja: no momento em que é produzida no processo).” (GOMES, 2008, p.35). Capez esclarece que: “[...] quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima.” (CAPEZ, 2019, p. 288).

Pode-se servir como exemplo de prova ilegítima, a prática do interrogatório sem a presença do advogado, o que viola o texto previsto no art. 185 do CPP, que obriga a presença do advogado no interrogatório do acusado para a sua validade.

Outra diferença entre os dois é que, segundo Prado, é a consequência quando da sua produção. Desse modo, quando existe a produção de uma prova ilegítima, “haverá sanção prevista na própria lei processual, podendo ser decretada a nulidade da mesma, é dizer, seu regime jurídico é tratado através da Teoria das Nulidades”. (PRADO, 2009, p.12). Já quando há a produção de uma prova ilícita, “que são aquelas produzidas externamente (ao processo), possui sanções específicas previstas no direito material.” (PRADO, 2009, p. 13).

Deste modo, a diferença entre provas ilícitas e ilegítimas é que a primeira foi obtida com a violação à lei (norma ou princípio de direito material) fora do processo, e a segunda foi obtida com violação a regras de direito processual, ou seja, no curso (dentro) do processo.

Além disso, existe a diferença de que as provas ilícitas e as ilegítimas é a sua consequência quando da sua produção, ou seja, quando uma prova ilegítima é apresentada no processo será decretada a sua nulidade e, em seguida, será desentranhada do processo. Já a prova ilícita quando produzida, além de ser desentranhada do processo, ainda poderá ter efeitos penais, civis ou administrativos, pois surgiu com a violação de uma norma material. Um exemplo disso é a confissão conseguida mediante tortura. Essa prática é vedada pela constituição federal em seu art. 5º, III, bem como também é regulamentada pela Lei 9.455 de 7 de abril de 1997, a qual define tortura como crime. Ou seja, se alguém praticá-la incorrerá no seu tipo penal, bem como suas penas cabíveis.

Mesmo com todas estas distinções entre provas ilícitas e ilegítimas, com a redação do art. 157 do CPP é ilícita tanto a prova que viole disposições materiais quanto processuais. Por esse motivo, Mendonça esclarece que a redação do art. 157 fala em violação a normas constitucionais ou legais, não fazendo distinção se a norma é material ou processual, ou seja, “qualquer violação ao devido processo legal, em síntese, conduz à ilicitude da prova”. (MENDONÇA, 2009, p.165).

Após isso, adentra-se na análise sobre as provas ilícitas por derivação, que para Prado: “[...] trata-se da prova lícita em si mesma, mas cuja produção decorreu, ou derivou de outra prova, esta tida como por ilícita.” (PRADO, 2009, p.14).

Por sua vez, Gomes afirma que “[...] provas derivadas das provas ilícitas por força da teoria ou princípio dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) a prova derivada diretamente da prova ilícita, também se torna ilícita.” (GOMES, 2008, p. 38).

A doutrina dos “Frutos da Árvore Envenenada” tem sua origem nos tribunais dos Estados Unidos desde 1914, para os tribunais federais, e como imperativo constitucional, desde 1961, dentro da constituição americana.

A visão desta doutrina está baseada em que a aceitação das provas ilícitas no processo acabaria por estimular, e não reprimir as atividades ilícitas. Sobre a prova ilícita por derivação, o STF julgou:

A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (“FRUITS OS THE POISONOUS TREE”): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. – Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. – A exclusão da prova originalmente ilícita – ou aquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “due processo of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. – A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada” repudia, por constitucionalidade inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originalmente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. – Revelam-se inadmissíveis, desse modo em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos somente tiveram acesso em razão da prova originalmente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes público, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. – Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originalmente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal – , tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente amissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. (BRASIL, 2008).

Assim sendo, a teoria dos frutos da árvore envenenada afirma que quando uma prova lícita é obtida através ilícita, contamina respectivamente com a ilicitude

desta. Um exemplo disso, é uma escuta telefônica colocada sem autorização (prova ilícita) obtém informações para com as investigações de um crime. Essas informações são ilícitas por derivação.

As vedações às provas ilícitas por derivação estão previstas no art. 157, § 1º, do CPP, nos seguintes termos: “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).

Apesar da proibição da utilização das provas ilícitas por derivação, o CPP trouxe duas exceções: primeiramente quando não houver nexo de causalidade entre a prova ilícita e a lícita. E também, quando a prova (derivada) puder ser obtida por outra maneira ou por fonte independente da primeira.

No próprio art. 157, em seu § 2º, do CPP, está o conceito de fonte independente: “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de produzir ao fato objeto da prova.” (BRASIL, 1941).

Dessa forma, se não ficar demonstrado que a prova lícita derivou de uma prova ilícita (que possuam nexo de causalidade) não há que se falar em derivação ou contaminação. Do mesmo modo, se uma prova lícita for obtida através de uma prova ilícita, mas, que poderia ter sido obtida por outros meios legais, também não há que se falar em prova ilícita por derivação, pois a prova poderia ser produzida de forma independente da prova ilícita.

Concluídos os elementos gerais da prova no processo penal, a busca da verdade real na persecução penal, e por fim a abordagem sobre as provas ilícitas e suas devidas vedações constitucionais, será abordado a possível relativização dessa vedação, pegando-se como objeto, o princípio da proporcionalidade.

1.4 (IM)POSSIBILIDADE DO EMPREGO DA PROVA ILÍCITA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade não possui uma definição clara e unânime. Aristóteles defendia uma justiça de forma distribuída baseada em equidade e prudência, em que afirmava que a “justiça realiza um certo tipo de proporção”, onde o proporcional é o justo, e que injusto seria não aceitar essa proporção. Aristóteles

falava em proporcionalidade, não como princípio, mas como algo necessário para se chegar à justiça. (ARISTÓTELES, 2009).

Na Alemanha, o princípio da proporcionalidade foi muito discutido, principalmente como matéria constitucional, usando três subprincípios fundamentais, que são a adequação, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito. No Brasil, não existe dispositivo constitucional específico para com o princípio da proporcionalidade, mas há muitas teorias que defendem que este princípio está implícito no texto constitucional vigente.

No processo penal, a apresentação das provas constitui elemento fundamental pois é o instrumento para o convencimento do Magistrado e são o principal fundamento para a sentença. A prova é o instrumento para se demonstrar a verdade nos autos. Essa verdade no processo penal busca descobrir o verdadeiro culpado pela infração para que o Estado venha à puni-lo.

No processo penal, vigora o princípio da verdade real, que segundo Tourinho Filho: “A função punitiva do Estado deve ser dirigida àquele que, realmente, tenha cometido uma infração; portanto o Processo Penal deve tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença.” (TOURINHO FILHO, 2017 p.17). Na mesma senda, Capez leciona que: “[...] o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a realidade formal constante dos autos.” (CAPEZ, 2019, p. 28).

Diante do exposto sobre o princípio da verdade real, não existe a necessidade do juiz de ficar limitado às informações que estão nos autos, e sim, deve utilizar vários elementos e pontos de vista para chegar o mais próximo possível aos reais acontecimentos do fato para descobrir quem é, de fato, o culpado da infração, podendo até mesmo aceitar provas contaminadas com vícios de legalidade que trazem, por exemplo, ao verdadeiro culpado de fato.

É justamente essa possibilidade ou não da utilização das provas ilícitas, que pela redação do CPP devem ser desentranhadas do processo devido à existência de vícios no momento de sua obtenção, que vem sendo discutido.

A Constituição Federal ao mesmo tempo que prevê o princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas no processo (art. 5º, LVI), também elenca vários princípios e garantias individuais que acabam por colidirem.

É nesse contexto que nasce a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, associada à teoria da ponderação de princípios, para que seja

feita uma análise do caso concreto e identificar qual o princípio mais importante e sobrepor-lo sobre os outros.

Entre os princípios elencados na Constituição, o direito à vida é o mais valioso. Seguido desde, está o direito à dignidade da pessoa humana e o da liberdade, sendo estes, os bens jurídicos de maior importância no ordenamento jurídico brasileiro, e por essa razão, a Constituição Federal os protege por meio de vários princípios. Sendo assim, poderão haver circunstâncias em que esses princípios, que possuem maior valor, se sobreponham à norma constitucional que proíbe a utilização de prova ilícita, que possui menor valor.

A eventual possibilidade de um réu fazer uso de uma prova ilícita, sendo ela a única forma de provar sua inocência, pode ferir alguns princípios ou normas constitucionais e processuais. Porém, ao se analisar quais direitos são mais importantes, como por exemplo: o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade e até da vida dessa pessoa (réu) em face do direito de acusação do Estado, da segurança jurídica, da ampla defesa, entre outros; com base nos preceitos constitucionais, bem como em um dos principais fundamentos da Constituição Federal (dignidade da pessoa humana, art. 1º, III) não seria desarrazoado aceitar a admissibilidade da prova ilícita no processo penal. (BRASIL, 1988).

Essa possibilidade de se sobrepor um princípio (norma) a outro, é postulado junto ao princípio da proporcionalidade. Sobre este princípio, Grinover afirma que:

A teoria hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes. (GRINOVER, 1992).

Por isso, de acordo com o princípio da proporcionalidade, existindo conflito entre valores fundamentais, serão eles sopesados para verificar qual deverá preponderar no caso concreto.

Lenio Streck, sobre a Teoria da Ponderação dos Interesses de Robert Dworkin e Robert Alexy, afirma:

A ponderação será o modo de resolver os conflitos jurídicos em que há colisão de princípios, num procedimento composto por três etapas: a adequação, a proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras se encarregam de esclarecer as possibilidades fáticas; a última será responsável pela solução das possibilidades jurídicas do conflito, recebendo do autor o nome de lei do sopesamento (ou da ponderação), com a seguinte redação: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação de outro”. A resposta obtida pela ponderação resultará numa norma de Direito fundamental atribuída (*zugeordnete Grundrechtsnorm*), uma regra que deverá ser aplicada subsuntivamente ao caso concreto (e que servirá para resolver também outros casos). (STRECK, 2017, p. 153).

Por essa razão, o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo pode ser ignorado quando estiver em conflito com outro princípio de maior valor/ preponderância ao caso concreto, como o da liberdade ou dignidade humana, por exemplo.

Sobre isso, Prado afirma:

Assim, tem como base o equilíbrio, a proporcionalidade entre valores contrastantes. Dessa forma, o princípio da vedação às provas ilícitas não deve ser visto como absoluto, sendo excepcionalmente revelado, sempre que estiver em jogo um valor significativo, podendo um princípio de menor importância ceder a um de maior importância. Sabe-se que não existe hierarquia entre os princípios. Devem sempre ser analisados no caso concreto, atribuindo-se valor a cada um dos princípios envolvidos. Se existir alguma circunstância mais importante a ser protegida que a vedação ao uso das provas ilícitas, pode-se, aplicando-se este princípio da proporcionalidade, afastar aquela proibição. (PRADO, 2009, p. 31).

Nesse mesmo sentido, já houve julgamento do STJ a favor da aplicação do princípio da proporcionalidade e da utilização de provas ilícitas:

Constitucional e Processo penal. Habeas Corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprido pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que fala “são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito”, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da “atualização constitucional (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da “razoabilidade” (Reasonableness). O “princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas” (Exclusionary Rule) (BRASIL, 1996).

Além do princípio da proporcionalidade, outro motivo lógico para a aceitação das provas ilícitas é que não seria justo deixar alguém ser condenado por uma infração penal (violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, liberdade, presunção de inocência, etc.) quando é possível demonstrar sua inocência por meio de uma prova obtida ilicitamente (se esta obtenção violar princípios de menor valia).

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência defendem majoritariamente a não utilização das provas ilícitas no processo penal, tomando como absoluto o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas. Porém, significativa corrente jurisprudencial e doutrinária começa a surgir admitindo a utilização de provas ilícitas, acolhendo o princípio da proporcionalidade em casos excepcionais e graves, uma vez que nenhuma norma constitucional tem caráter absoluto. Tomando a regra constitucional prevista no art. 5º, LVI, como absoluta, não aceitando qualquer exceção a esta forma.

Assim sendo, o direito não deve amparar alguém que tenha violado preceito legal para obter qualquer prova, com prejuízo alheio, não importando se esta violação protege outro direito ou garantia de maior relevância. Constatada a prova ilícita o juiz tem o dever de determinar de ofício o desentranhamento desta prova dos autos, não lhe reconhecendo eficácia.

A garantia da inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita foi estabelecida com o objetivo de restringir o princípio da liberdade probatória que garante amplos poderes ao Juiz para averiguar os fatos, em busca da verdade real, como também, garante as partes um leque de possibilidades na produção de provas. Porém esta investigação não deve ferir direitos e garantias previstos na Constituição. Por isso, existem limites fixados pela lei para que haja um processo ético, evitando que ocorram abusos.

Souza, defendendo essa construção, aduz:

A lógica da vedação é simples e procura mandar duas mensagens claras; a primeira aos órgãos encarregados da produção de provas, qual seja: “não adianta utilizar-se de meios escusos para alcançar a qualquer custo uma pseudoverdade processual, pois seus ilícitos esforços serão em vão”, a segunda deve ressoar em toda a sociedade a ideia de que “na relação Estado-indivíduo não pode vigorar na máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios, mas sim, deve vigorar a ética do devido processo legal. (SOUZA, 2008, p. 301).

Com base no exposto e em muitos outros fundamentos, é expressamente vedada a utilização de provas ilícitas no processo penal. Entra em vigor a lógica de que “os fins, não justificam os meios”, em respeito ao devido processo legal. Tudo considerado uma afronta ao Estado Democrático de Direito. Essa lógica constitucional deve ser levada como absoluta, sem exceções.

Dessa forma, para a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas, a utilização dessas provas no processo penal constitui-se como regramento expressamente vedado, de eficácia plena, protegendo os cidadãos de eventuais abusos e arbitrariedades do Estado. Restringe também outros princípios como o da liberdade de prova, ampla defesa, busca da verdade real, entre outros.

Essa teoria possui muitos adeptos e tem sido muito aplicada. Contudo, cada vez mais vem sendo amenizada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções que a rigidez da exclusão das provas ilícitas poderia levar em casos extremamente graves. Trata-se da admissão das provas ilícitas, tomando-se como base a aplicação do princípio da proporcionalidade, que diante de determinadas situações reais e concretas de colisão de princípios fundamentais, possibilita que este seja respeitado em detrimento de outro de menor importância.

Nesse sentido, destaca-se o princípio da proporcionalidade como moderador de direitos fundamentais. Os direitos e garantias não são absolutos, e pode haver de dois direitos diante de um caso concreto. Dessa forma, um direito pode ser relativizado diante de outro com maior importância jurídica.

Bonavides expõe:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí a solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. (BONAVIDES, 2018, p. 425).

A Constituição Federal prevê a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, porém esse princípio não é absoluto, como todas as demais normas constitucionais. Assim sendo, este princípio pode ser desconsiderado, aplicando o princípio da proporcionalidade, quando estiver em colisão com outro princípio que proteja um bem, direito ou garantia fundamental de maior importância.

Greco Filho leciona que:

O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito. (GRECO FILHO, 2015, p. 199).

Fernandes destaca que, apesar da proibição por parte da Constituição Federal que “vai tomando corpo entre nós, a aceitação da teoria da proporcionalidade, visando-se a evitar a aplicação muito rígida do inciso LVI do art. 5º[...]” (FERNANDES, 2010, p.80).

O aludido autor destaca duas hipóteses concretas em que se demonstra a necessidade de se admitir o princípio da proporcionalidade:

Na primeira situação dita por Fernandes, para se evitar a fuga de presos perigosos de uma penitenciária, foi aberta a correspondência dos presos, violando dessa forma, o sigilo de correspondência em acordo com o art. 5º, XII, da Constituição Federal. Dessa forma, foi descoberto não só um plano de fuga, como também de sequestrar um juiz. Dessa forma, ambos os crimes foram evitados. Levando-se ao extremo o princípio da inviolabilidade de sigilo de correspondência e o da inadmissibilidade das provas ilícitas, não se haveria nada sido descoberto, nem poderiam essas cartas serem utilizadas como prova no processo criminal. Nesse caso, foi aplicada a teoria da proporcionalidade, pois foi resguardado os direitos de maior importância no caso concreto, que é a segurança pública da sociedade, da vida e integridade física do juiz e agentes penitenciários, entre outras questões. Tudo isso em detrimento direto ao princípio da inviolabilidade das correspondências, dos presos, e da inadmissibilidade das provas ilícitas. (FERNANDES, 2010, p. 80).

Sobre o caso, o STF se pronunciou, afirmando que:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (BRASIL, 1994).

No segundo caso citado por Fernandes, o réu obtém prova ilícita mediante interceptação telefônica não autorizada, que infringe a Constituição Federal e a Lei 9.296/96. Porém, essa é a única maneira de provar sua inocência. Afirma que seria inaceitável que o acusado fosse condenado apenas porque a demonstração de sua

inocência só pôde ser realizada por prova obtida por meio ilícito (FERNANDES, 2010).

Neste caso, também aplica-se o princípio da proporcionalidade, pelo qual prevalece o princípio fundamental à liberdade do acusado (art. 5º, caput, Constituição Federal) e à ampla defesa (art. 5º, LV, Constituição Federal), sobre o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LVI, Constituição Federal) (BRASIL, 1988). Dessa forma, o juiz deveria aceitar a prova e inocentar o réu.

Em análise para com estes dois casos, Fernandes conclui:

Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito, deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada. (FERNANDES, 2010, p. 82).

Portanto, em casos concretos (graves) que exista a colisão de princípios fundamentais poderia ser aplicado o princípio da proporcionalidade para analisar o peso de cada um e estabelecer qual é o mais importante. Qual princípio possui mais valia naquele caso e determinar que este seja considerado, em detrimento do outro. Para a aplicação de tal ponderação é necessário se analisar a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade da medida, com base na já mencionada Teoria da Ponderação dos Princípios.

O afastamento da vedação das provas ilícitas, porém, só deve ser feito em casos graves, em que a situação concreta exija o balanceamento de princípios constitucionais. Cabe ao juiz a responsabilidade de fazer a valoração desses direitos fundamentais colocados em confronto, já que ambos possuem pesos distintos conforme a situação que se apresenta.

Um exemplo de situação na qual deve se prevalecer o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas é no caso de um policial obter uma confissão (depoimento pessoal) de um acusado usando meios de tortura. A tortura é vedada pela Constituição em seu art. 5º, XLIII, tendo ainda sido violado a integridade física e dignidade da pessoa humana. Como são direitos fundamentais de maior importância, não pode o Estado utilizar esta prova para condená-lo, numa clara alusão à lógica do comando normativo da efetiva garantia fundamental do indivíduo contra a atuação abusiva do Estado.

Nessa visão, alega Capez:

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se quer preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou uma derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser corteados, para escolha de qual deva ser sacrificado. (CAPEZ, 2019, p. 35).

Nesse sentido, a jurisprudência já se posicionou em favor da proporcionalidade:

Prova criminal – Interceptação Telefônica – Inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre o envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso provido. Havendo conflitância entre o direito e à intimidade e o direito à prova (due process of law), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade (ApCrim n. 185.901-3 – Indaiatuba –3º Câmara Criminal – Relator Segurado Braz – 30/10/95 –v.u). (BRASIL, 1995).

Outra Jurisprudência acerca do princípio da proporcionalidade:

PENAL. PROCESSUAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. “HABEAS CORPUS”. RECURSO.
 1.A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal.
 2.Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cujo harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito á intimidade.
 3.Precedentes do STF.
 4.Recurso conhecido mas não provido. (BRASIL, 1998).

Visto tudo isso, mostra-se evidente que doutrina e jurisprudência estão se posicionando cada vez mais à favor da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal com base na aplicação do princípio da proporcionalidade

Tourinho filho aduz que se o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas está na constituição, no capítulo dos direitos e deveres individuais do homem, esta norma não pode ser utilizada para prejudicar um indivíduo violando outra garantia fundamental (TOURINHO FILHO, 2017).

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade se é aplicado para afastar o princípio da vedação das provas ilícitas, este não escopo de ferir um direito individual, muito pelo contrário, irá assegurar o exercício de outro direito individual de maior importância. Tudo isso mostra que a teoria da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal diante da teoria da proporcionalidade é aceita por vários doutrinadores e já utilizada em diversos julgados.

Assim, a eventual possibilidade de um réu utilizar-se de uma prova ilícita sendo ela a única forma de provar sua inocência, pode ferir alguns princípios ou normas constitucionais e processuais. Porém se for analisado quais direitos são os mais importantes, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade e até mesmo da vida dessa pessoa, contra o direito de acusação do Estado, da segurança jurídica, entre outros; com base nos preceitos constitucionais, bem como em um dos principais fundamentos da Constituição Federal (dignidade da pessoa humana, art. 1º, III) é possível assim aceitar a admissibilidade da prova ilícita no processo penal.

Dessa maneira, surge a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade, que não está expresso, porém, encontra-se implícito na Constituição. Pode ser elevado ao mesmo patamar de justiça, é garantia do indivíduo contra excessos do poder do Estado, possui função orientadora na interpretação e aplicação de outros princípios e normas, atuando na proteção dos direitos fundamentais, buscando alcançar de modo justo os objetivos da constituição.

O princípio da proporcionalidade é constituído por três elementos que devem ser analisados pelo juiz no momento de sua aplicação: adequação, necessidade e proporcionalidade. Assim se tem o mecanismo para ponderar direitos, valores e interesses quando estes estão em colisão.

Apesar de grande resistência por partes de muitos juristas, a admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro através do princípio da proporcionalidade, vem sendo cada vez mais aceita por doutrinadores e pela jurisprudência. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro pode ser relativizada com base em uma interpretação de prevalência de princípios. O princípio da proporcionalidade pode fazer com que outros princípios constitucionais e processuais penais prevaleçam sobre o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito. A análise do caso por parte do juiz pode resultar na

absolvição de um réu inocente, mesmo que pelo uso de material ilícito, através do princípio da proporcionalidade, conforme tentar-se-á demonstrar no decorrer da pesquisa, caso a fundamentação teórica correspondente efetivamente lhe dê guarida.

Além da proporcionalidade, também serão tratados os princípios da verdade real e da dignidade humana no decorrer do trabalho monográfico, em virtude de que o limite dimensional regulamentar permitido para esta fase da pesquisa, não permite avançar, por ora, em tal construção teórica.

2 ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO EMPREGO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Neste segundo capítulo, será feita, como complementação do primeiro, uma análise principiológica sobre a possibilidade ou não do emprego da prova ilícita no processo penal brasileiro.

No primeiro capítulo, foi-se apresentado o conceito básico de prova e seus valores lícitos e ilícitos. Depois disso, a análise do direito para com a possibilidade ou não do uso de prova ilícita pegando-se por base os princípios constitucionais da verdade real e da proporcionalidade. Complementando esta questão, neste segundo capítulo será abordada a análise principiológica acerca deste tema.

Primeiramente será vista a regra de exclusão, com fulcro no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, e conseqüentemente no art. 157, do CPP. Suas origens vêm dos tribunais norte-americanos, e seus casos basilares serão apresentados no primeiro subcapítulo, assim como seu desenvolvimento para qual findar na Constituição Federal de nosso país.

Após isso, também pegando-se como base julgados norte americanos, será analisada as exceções à regra de exclusão no direito daquele país. Este, o embrião do contexto desta monografia, pois é a origem das discussões principiológicas sobre as relativizações da regra de exclusão, e por consequência, a possibilidade ou não do uso de provas ilícitas no processo penal.

No terceiro subcapítulo, a ilicitude por derivação e suas exceções à Teoria dos Frutos da árvore Envenenada, já dentro de um contexto de direito brasileiro. Contendo neste, decisões jurisprudenciais dentro de tribunais brasileiros, e que tiveram seu nascedouro nas exceções originárias dos Estados Unidos. É visto neste segmento a Teoria da Descoberta Inevitável e a Prova Ilícita *pro reo*.

Finalmente no último segmento deste capítulo final, é a vez da análise da prova ilícita no direito processual brasileiro. Neste ponto, a discussão que teve nascimento nas antigas jurisdições norte-americanas, será finalmente achando sua evolução e contexto contemporâneo no direito brasileiro dos dias de hoje. Será demonstrado a evolução da prova ilícita no processo penal brasileiro, através de suas duas leis mais recentes, e as relativizações desse sistema no Brasil acerca do tema.

2.1 A REGRA DE EXCLUSÃO (ORIGENS E DESENVOLVIMENTO)

A Constituição federal de 1988 incluiu o artigo 5º, LVI, que define a inadmissibilidade do uso de provas obtidas por meios ilícitos, em seu novo sistema constitucionalista. Sua antiga posição jurisprudencial adotava o sistema legalista, onde a prova a prova ilícita ainda era aceita.

Luiz Flavio Gomes explica que a originalmente chamada “Exclusionary Rule” consiste no desentranhamento da prova considerada ilícita dos autos do processo. Tudo isso pois a prova ilícita macula princípios constitucionais existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O sistema constitucional brasileiro se direcionou para esse caminho com base original no direito norte-americano. Dessa forma, a prova obtida ilicitamente (illegally obtained evidence), havendo manifestação do interessado (motion do suppress), deve ser desentrenhada dos autos, por conta da regra de exclusão (exclusionary rule)

O juiz que ter acesso às provas obtidas ilicitamente não poderá julgar a causa, para que não existam dúvidas em relação à fundamentação utilizada pelo juiz no momento de proferir a sentença. O desentranhamento da prova obtida ilicitamente dos autos do processo é o que previne alguma influência indesejável que poderia ocasionar se referida prova continuasse presente nos autos do processo.

A “regra de exclusão”, ou “exclusionary rule”, como anteriormente citado, tem origem no direito norte-americano. Esta, por definição, é segundo o dicionário “Black’s Law”, qualquer regra que exclua ou suprima qualquer elemento de prova. Sua origem vem do direito norte-americano, onde se fixou pela interpretação da Quarta Emenda da Constituição daquele país (1791), e foi imposta em toda nação no caso Mapp VS Ohio (1961), onde se definiu que o material probatório obtido por meios à violação à Constituição é desde então inadmissível em qualquer tribunal.

Porém, sua primeira aparição de fato ocorreu muito antes de sua de fato consolidação, no caso Boyd VS United States, e no caso Weeks VS United States (1914). Esta acarretou no surgimento de jurisprudência sobre o tema de exclusão de elementos de prova colhidos com violação constitucional. Existe nesse contexto direta ligação com a doutrina da “teoria dos frutos da árvore proibida”.

Carlos Fidalgo Gallardo, em seu conceito tradicional de regra de exclusão, define esta como a definida pela Suprema Corte Americana, que afirma ser a “regra jurisprudencial segundo a qual os materiais probatórios colhidos por força dos órgãos públicos mediante ações de investigação criminal que vulnerem os direitos constitucionais reconhecidos pela Quarta, Quinta, Sexta ou Decima-quarta Emendas da Constituição Federal, não podem ser admitidos, nem valorados pelo julgador na fase decisória dos processos penais federais ou estaduais, como feito de determinação de prova da culpabilidade ou inocência do acusado cujos direitos foram violados.

Além disso, Carlos Fidalgo Gallardo amplia seu conceito de regra de exclusão como um resultado do processo de decantação e integração de diversos elementos dispersos, que tem formado pelo Direito Jurisprudencial à medida que novos pronunciamentos judiciais são abordados com novos aspectos e procuram resolver da melhor maneira os problemas que surgem.

Teresa Armenta Deu reconhece a existência de dois planos fundamentais na regra de exclusão, o constitucional e o argumentativo. No constitucional se analisa fundamentos constitucionais da tutela dos direitos contidos na Quarta Emenda (direito de não sofrer buscas e apreensões irrazoáveis), Quinta Emenda (direito da não autoincriminação), Sexta Emenda (direito de estar assistido por um advogado), e Décima Quarta Emenda (direito ao devido processo). Todos estes direitos anteriormente citados vem em restringir a autoridade dos agentes públicos frente aos cidadãos, principalmente em se pegando à seus direitos individuais.

Já, no plano argumentativo, se tem o efeito dissuasório, que leva à exclusão para dissuadir as forças de ordens de futuras violações, e a integridade judicial, que leva ao mesmo efeito na medida em que o Estado por meio de seus magistrados infringiria o direito equiparando-se ao réu q quem de julga.

Para Teresa Armenta Deu, a função fundamental da regra de exclusão é impor limites aos atos policiais na busca de elementos de incriminação, mantendo determinados direitos constitucionais distribuídos nas diferentes Emendas da Constituição americana, e por consequência, a sua integridade judicial.

Já Manuel da Costa Andrade, aduz que a regra de exclusão surge para prevenir e reprimir as manifestações de ilegalidade da polícia criminal na interação com o cidadão e as suas garantias constitucionais. Assegurando a disciplina das instancias formais de controle, isto é, a estrita conformidade de sua atuação para

com as normas processuais. Por fim, define esse instituto como um conjunto de princípios, normas e práticas jurisprudenciais que podem ser referenciados como o sistema americano das proibições de prova.

Donald Dripp afirma que a regra de exclusão permite ao imputado evitar a inclusão no processo criminal de elementos que vão em desarmonia com a Constituição. Isso faz com que o agente policial faça dos seus deveres sem cair na tentação de más condutas ilícitas.

Desta forma, a origem da regra de exclusão vem de encontro à extirpar do processo qualquer elemento de prova que venha a ferir as Emendas Constitucionais dos Estados Unidos, lugar de origem desta. Criam-se limites ao Estado para com sua atuação, defendendo o cidadão individual de ação abusiva de poder Estatal. Assim, deixa de ser uma aplicação prática a inadmissibilidade de um elemento de prova contaminado pela ilicitude no processo quando se deixa claro a sua exclusão em respeito aos direitos e garantias fundamentais.

A regra de exclusão é a vedação da inclusão de elementos probatórios extraprocessuais obtidos mediante a violação de algum dos direitos constitucionais que protegem os indivíduos como cidadãos frente às atuações dos poderes estatais no procedimento criminal. A regra de exclusão, enfim, segundo Carlos Fidalgo Gallardo, é um conjunto de respostas jurídico-processuais contra as irregularidades ocorridas na atividade probatória.

A regra de exclusão, após análises firmadas sobre as Emendas antes citadas, acabou por se tomar como grande base a contida na quarta emenda da constituição norte-americana, que serve como base de interpretação normativa para que nenhum cidadão possa ser acusado com base em elementos de prova violadores de seus direitos constitucionalmente previstos. Sendo assim, é a interpretação da norma contida na Quarta Emenda. Esta dá norteia todas as outras Emendas relacionadas á provas.

Quanto á sua natureza jurídica, a regra de exclusão se apresenta como uma sanção híbrida, pois pode ser entendida como sansão de inadmissibilidade no processo de um elemento contaminado por ilicitude, ou uma sanção de nulidade quando tal elemento de prova tenha sido admitido no processo ou produzido ilegalmente. Sua natureza jurídica é sancionatória independentemente do momento processual e seu efeito é a ineficácia do elemento probatório que nunca deverá ser valorado.

Como também citado anteriormente, a primeira vez onde a regra de exclusão teve aparecimento, com base na Quarta Emenda da Constituição americana, foi no julgado “Weeks VS United States”, em 1914.

O acusado do julgado era empregado de uma companhia de correios. Ele foi preso por um policial sem mandado em Kansas City, no Estado do Missouri. Outros policiais foram á casa do imputado, onde arbitrariamente adentraram e apreenderam diversos documentos, que foram posteriormente enviados ao promotor de Justiça.

Antes do prazo para a produção probatória, o acusado peticionou requerendo a devolução dos documentos privados, livros e materiais diversos de sua propriedade, com base legal nas Quartas e Quintas Emendas da Constituição, pois houve invasão e apreensão desse material sem autorização para tais atos. O pedido foi indeferido pelo juiz. O caso chegou á Suprema Corte através de moção representada pelo acusado para devolução do material apreendido de forma ilegal. O material não poderia não teria como firmar os elementos probatórios para incriminá-lo.

No caso em questão, a Suprema Corte citou o também dito anteriormente caso “Boyd VS United States”, de 1886, no qual foi fixada a importância da Quarta Emenda, que tem a função de garantidor do povo americano contra os abusos estatais quanto à privacidade e seus pertences.

Assim sendo, a Suprema Corte concluiu que não levar em consideração a ilegalidade ocorrida é deixar de dar valor á Quarta Emenda da Constituição. Assim sendo, a Suprema Corte decidiu pela revogação da sentença do Tribunal inferior e partiu a servir de jurisprudência para casos da natureza futuros.

2.2 EXCEÇÕES À REGRA DE EXCLUSÃO NO DIREITO AMERICANO

A Regra de Exclusão ou “Exclusionary Rule”, apesar de sua suma importância, vem apresentando cada vez mais relativizações dentro do processo penal. No direito penal norte-americano, aos poucos começaram a surgir processos que versavam exceção à Regra de Exclusão. Suas exclusões que começaram a “pipocar” no direito penal norte-americano. São suas principais a exceção de boa-fé (good Faith exeption), a exceção de impugnação, a exceção de erro inócuo (harmless error exception), e por fim, as limitações relativas à legitimidade para o

requerimento de exclusão (standing for motion to suppress). Cada uma delas será abordada à seguir.

No âmbito da Quarta Emenda da Constituição norte-americana, a exceção da boa-fé (good faith exception) versa sobre os requisitos das buscas e apreensões. Foi introduzida no caso “United States” VS Leon, do ano de 1984, e marca o início da relativização e declínio da regra de exclusão, no direito americano na década de oitenta.

Sua aplicação se restringia às situações em que se realizasse uma busca sem necessidade de mandado judicial e que não houvesse nenhuma causa que o dispensasse, como a existência de circunstâncias urgentes (exigent circumstances) ou consentimento do morador (consent). A regra de exclusão nasceu como remédio contra violações policiais (derrence of policial misconduct), porém, quando o agente agisse de boa-fé, os custos da aplicação da regra não excedem seus benefícios, sendo assim, admitido a utilização da prova.

Pois no caso “United States VS Leon”, em 1984, o tribunal reconheceu como válida uma busca e apreensão realizada por policial com base em uma autorização judicial, mas que posteriormente se mostrou insuficiente de indícios razoáveis (probable cause). Neste caso, viu-se boa-fé por partes dos agentes policiais, pois estes apresentavam razoável confiança de que possuíam uma causa provável para a busca, e também que tinham em mãos um mandado no momento considerado válido para como justificativa para o procedimento.

A exceção da boa-fé logo também mostrou-se válida no caso “Massachusetts VS Sheppard”, de 1984. Neste caso, se julgou válida a busca fundada em uma autorização que não cumpria os requisitos formais de descrição dos objetos a serem apreendidos, apesar de o oficial ter descrito os fatos verbalmente ao juiz e este ter concedido o mandado, informando que sua ordem já concedia a autorização necessária para tal. Outros casos por seguir também passaram a considerar como válidas buscas realizadas sem autorização judicial, como no em “Illinois VS Krull”, de 1987, com decisão favorável por parte da Suprema Corte, e posteriormente em “Arizona VS Evans”, em 1995.

Todas essas exceções de boa-fé citadas foram de encontro à aplicação às violações da Quarta Emenda (buscas e apreensões), principalmente para com os requisitos do mandado judicial. O tribunal trabalha com um padrão hipotético de

agente de polícia bem treinado, que nas circunstâncias do momento, deveria supor estar agindo validamente para com os princípios da boa-fé.

Já falando-se de outra exceção à regra de exclusão, existe também a exceção de impugnação (impeachment exception). Essa exceção tem a finalidade de permitir a utilização de provas excluídas para impugnar a credibilidade das declarações do confidente. Esta vem de uma particularidade do sistema penal norte-americano, de que o acusado possui o direito de permanecer em silêncio, mas que no caso que fale alguma mentira, essa conduta consistirá em perjúrio. Dessa forma, caso o acusado permanecer em silêncio, a prova será inadmissível, caso minta em seu interrogatório em juízo (trial), transformando a garantia em perjúrio, poderá a acusação aportar ao processo as provas excluídas, para o fim específico de impugnar a credibilidade das declarações do réu mendaz, jamais para provar diretamente a sua culpabilidade.

Dessa maneira, no caso “walder VS United States” de 1954, aconteceu uma busca de entorpecentes que posteriormente foi julgada inválida por irregularidades formais. Em juízo, acusado afirmou que “jamais havia visto drogas”, em total contradição com a prova excluída. A Corte entendeu que a acusação poderia introduzir as provas para o fim de impugnar a credibilidade do interrogatório. Essa jurisprudência em questão foi posteriormente confirmada no caso “United States VS Havens”, de 1980, porém, neste caso as perguntas foram formuladas pela acusação (cross-examination). Outra decisão que versou sobre a exceção de impugnação foram nos casos “Harris VS New York”, de 1971.

A exceção de impugnação é aplicável apenas no interrogatório do acusado. Dessa forma, é inadmissível sua utilização para impugnar as demais testemunhas de defesa, esta decidida no caso “James VS Illinois”, de 1990, por apertada maioria de cinco votos contra quatro.

Com esta exceção de impugnação, o alcance da regra de exclusão acaba que por muito se limitar muito. É um instrumento utilizado pela Corte para minorar os efeitos negativos da regra para funcionalidade do processo.

Dando prosseguimento às exceções à regra de exclusão no direito norte-americano, existe também a exceção de erro inócuo (harmless error exception). Essa exceção tem aplicação quando ocorre um erro durante o procedimento sem relevância prática, que não tenha causado uma lesão significativa aos direitos das

partes, Também quando o acusado foi condenado com base não só em uma prova ilícita, mas também em provas válidas e suficientes para a condenação.

A primeira decisão baseada nessa exceção foi no caso “Chapman VS California”, de 1967, que afirmou que em determinadas situações, a violação dos direitos constitucionais do acusado pode ser qualificada como um erro inócuo, desde que tal erro não haja influído na condenação. O caráter aberto desse precedente foi posteriormente delimitado em “Arizona VS Fulminante”, de 1991, que distinguiu duas espécies de violações dos direitos processuais, os erros processuais (trial erros), e erros estruturais (structural erros).

Os erros processuais podem ser isolados pelo júízo, e se considerados acima de qualquer dúvida como inócuos, a prova poderá ser admitida. Já os erros estruturais permeiam sobre todo o mecanismo processual, viciando todo o processo, como a violação do direito a um processo público, a negativa da assistência de um advogado, a imparcialidade do juiz, ou até mesmo a seleção racista dos jurados.

Muitas dessas disposições estão mais ligadas ao tema das nulidades, que propriamente ao da ilicitude probatória. Mesmo assim, mostram que as violações a direitos constitucionais meramente processuais necessitam de um tratamento diferenciado da gravidade da lesão, e que o fato de estar presente uma prova ilícita, não macula necessariamente todo o procedimento penal.

Por fim, tem-se as limitações relativas à legitimidade para o requerimento de exclusão (standing for motion to suppress). As limitações relativas à legitimidade para requerer a exclusão da prova considerada ilícita, por ser um dos instrumentos de que a Suprema Corte norte-americana tem utilizado para, diante das críticas constantes a uma postura inflexível na inadmissibilidade da prova, nos casos de busca e apreensão, deixar de aplicar a regra de exclusão.

Em casos de busca e apreensão, a legitimidade para requerer a exclusão da prova (motion to suppress) é apenas daquele que possui uma legítima expectativa de privacidade própria, violada pela busca e não apenas daquele que tenha a propriedade sobre o bem objeto da apreensão. Dessa maneira, no caso “Rakas VS Illinois”, de 1978, decidiu-se que na busca de um veículo, sem causa provável, os passageiros que não eram proprietários do veículo nem das armas ilegais apreendidas não possuíam legítima expectativa de privacidade que lhes conferisse o direito de requerer a exclusão da prova. Dessa maneira, o mero fato de estar na cena da busca não lhes referia expectativa de privacidade. Mesmo assim, a Corte

afirmou que sua análise não se referia ao requisito de legitimidade (standing), mas de titularidade de direitos.

Ainda que o requerente da exclusão seja proprietário do bem, caso esteja sujeito à área de privacidade de um terceiro, também não haverá legitimidade para o pedido de exclusão. Julgados da natureza ocorreram em casos posteriores como nos casos “ Rawlings VS Kentucky”, de 1980, “United States VS Padilla”, de 1993, “Jones VS United States”, de 1960, “Minnesota VS Olson, de 1990, “Bumper VS North Carolina”, de 1968, e em “Minnesota VS Carter, de 1998.

Essa visão de legitimidade tem sido alvo de muitas críticas doutrinárias, pois decorre de uma interpretação atomizada dos interesses protegidos pelas Emendas Constitucionais, considerando apenas os interesses dos indivíduos e não uma perspectiva global do efeito dissuasório em benefício da sociedade como um todo. Mesmo assim, tem sido um dos principais instrumentos de que a Suprema Corte tem utilizado para, sem revogar de forma expressa a regra de exclusão de “Mapp” e “Calandra”, limitar profundamente sua aplicabilidade, ainda que, segundo alguns, revele total abandono de um tratamento sistemático das regras de exclusão.

2.3 ILICITUDE POR DERIVAÇÃO (DESENVOLVIMENTO TEÓRICO E EXCEÇÕES À TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA)

A ilicitude por derivação é a questão chave para a discussão sobre a vedação do uso de provas ilícitas no processo penal e sua recepção do sistema penal brasileiro. Esta vem da chamada “Teoria dos Frutos da Árvore envenenada”, e tem origem no sistema jurídico norte-americano, sistema pelo qual o Brasil adotou em seu sistema processual penal.

Para esta teoria, a prova ilícita é um fruto oriundo de uma árvore envenenada, que está envenenada por possuir um vício (a ilicitude probatória). Desta forma, esse fruto envenenado vem a contaminar todos os outros frutos, mesmo que estes não possuam nenhum vício, e tenham sido obtidos legalmente. Aceitando-se uma prova ilícita para a elucidação de um crime, se estaria cometendo outro, e esta é a questão fundamental da teoria dos frutos da árvore envenenada e do porque desta ser aceita e adotada também no sistema penal brasileiro.

Porém, a contaminação por derivação vem recebendo cada vez mais relativizações e exceções. Doutrinas e jurisprudências vêm por cada vez mais abrir

exceções quanto á ilicitude por derivação e a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Como visto no capítulo anterior desta monografia, os princípios constitucionais da verdade real e da proporcionalidade vem servindo de base para cada vez mais se contestar a inadmissibilidade do uso de provas ilícitas no processo penal brasileiro. Além destas, existem também a Teoria da Descoberta Inevitável e a Prova Ilícita *pro reo*. Como já vistas as doutrinas e jurisprudências acerca dos princípios constitucionais da verdade real e da proporcionalidade anteriormente no capítulo passado, será agora abordado as teorias da descoberta inevitável e da prova ilícita *pro reo*.

Existe a descoberta inevitável quando a prova, derivada de uma prova obtida de forma ilícita, seria alcançada mesmo que a prova ilícita não existisse. O desenrolar da investigação criminal acabará em sua descoberta de qualquer forma. Porém, no Brasil são raras as decisões que acolhem essa teoria, e quando o faz, dá-se a denominação de teoria de não exclusividade.

Nestas hipóteses não há a ponderação de direitos fundamentais, pois a ilicitude da prova é nítida uma vez que, ainda que oriunda de uma prova ilícita, sua descoberta seria inevitável. Assim sendo, não há colisão com outros direitos fundamentais, pois a ilicitude é inconteste.

No julgamento apresentado em seguida, do *Habeas Corpus* 73.461, o STF entendeu que a prova havia sido colhida por fonte independente, quando na verdade, houve uma descoberta inevitável:

UTILIZAÇÃO DE GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR TERCEIRO COM A AUTORIZAÇÃO DE UM DOS INTERLOCUTORES SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO QUANDO HÁ PARA ESSA UTILIZAÇÃO, EXCLUDENTE DE ANTIJURICIDADE—Afastada a ilicitude de tal conduta—a de , por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando o crime--, é ela, por via de consequência, lícita e , também consequentemente, essa gravação suplantada por elementos autônomos e suficientes, em que se vejo a basear a condenação da paciente. Regime inicial fechado devidamente fundamentado pelo julgador. (BRASÍLIA, 1996).

Nessa questão, houve a prisão e interrogatório lícitos do amásio da acusada, seguidos de uma interceptação telefônica autorizada judicialmente; e, portanto, considerada ilícita pelo STF. Contudo, decidiu-se que existia prova independente apta a justificar a prisão da acusada, com base no interrogatório de seu amásio,

mesmo com as circunstâncias concretas da prisão fornecidas em virtude da interceptação telefônica ilícita. Desta forma, não houve fonte independente, mas verdadeira descoberta inevitável.

Já falando-se da prova ilícita *pro reo*, diante de uma prova ilícita capaz de demonstrar a inocência de um acusado não restam dúvidas acerca de sua admissibilidade. Dentro de um contexto de Estado Social e Democrático de Direito, é inaceitável sacrificar a verdade para condenar um inocente com base em formalidades. Tal hipótese diz respeito à admissibilidade da prova não em favor da sociedade, mas em benefício do próprio réu.

É de extrema importância se abordada esta hipótese, pois excepciona a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas, mesmo que não configure um exemplo de prova ilícita penal *pro societate*, em razão da extrema relevância dessa exceção, que encontra total abrigo nos ditames de qualquer Estado Social e Democrático de Direito.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho e Antonio Scarance Fernandes ensinam que:

Aliás, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que acolhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros.”

“Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado e, de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do favor rei. (GRINOVER, 2007, p. 120).

Dessa maneira, há algum tempo preconiza o STF, que a prova que viola direito, a favor do réu, não é lícita, como na jurisprudência á seguir:

“HABEAS CORPUS”. UTILIZAÇÃO DE GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR TERCEIRO COM A AUTORIZAÇÃO DE UM DOS INTERLOCUTORES SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO QUANDO HÁ, PARA ESSA UTILIZAÇÃO, EXCLUDENTE DA ANTIJURICIDADE— Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda eu não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime --, é ela, por via de consequência, lícita e, também conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). “Habeas corpus” indeferido. (BRASÍLIA, 1997).

A regra da inadmissibilidade da prova ilícita cede espaço a outro preceito constitucional, que assegura a todo acusado a ampla defesa. Restra dessa forma a existência de colisão entre direitos fundamentais. Entre eles, a presunção de inocência em confronto com o devido processo legal, assim como a necessidade de segurança jurídica em contraposição à própria liberdade. Dessa forma, o critério da proporcionalidade é de inevitável utilidade para resolver questões à luz do caso concreto.

Dessa forma, analisando-se os princípios constitucionais da verdade real e da proporcionalidade, abordados no primeiro capítulo desta monografia, e posteriormente, aqui no segundo, as teorias da descoberta inevitável e da prova ilícita *pro reo*, conclui-se que as relativizações da prova ilícita, sejam limitações realizadas por meio de colisões entre direitos constitucionais fundamentais, ou pela simples utilização da prova para favorecer a sociedade, com base em teorias e institutos, desarmam uma posição extremada pela inadmissibilidade das provas ilícitas. Essa resistência não encontra amparo na atual conjuntura de valorização dos direitos fundamentais, em que devem ser verificadas alguns conservadorismos nos Tribunais Superiores Brasileiros.

Finalizando-se esse tema, Maria Cecília Pontes Carnaúba afirma:

As provas criminais somente não devem ser aceitas no processo quando se constituem em instrumentos geradores de injustiças, e nunca quando o seu uso é indispensável para o fazimento da justiça, que, sendo elemento do Estado de Direito, é um de seus objetivos estruturantes. Se o uso da prova criminal é imprescindível para a materialização da justiça, a prova é inafastavelmente lícita. (CARNAÚBA, op. cit, p. 25).

2.4 PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Como já explicado nesta monografia, o processo penal brasileiro adota a vedação do uso de provas obtidos por meio ilícito. Toda a prova originada dessa maneira deve ser desentranhada dos autos do processo. Tudo isto está previsto no art. 5º. LVI, da Constituição Federal, e conseqüentemente no ar. 157 do CPP, e tem origem no direito processual penal americano e na teoria dos frutos da árvore envenenada.

Porém, como também já explicado neste trabalho, vem a cada vez mais crescer as relativizações acerca do tema, como a evolução natural do direito,

sempre em evolução. Princípios constitucionais, doutrinas e jurisprudências do Brasil e do estrangeiro foram demonstradas para mostrar tal demonstração.

Neste segmento, será demonstrado a evolução da prova ilícita no processo penal brasileiro, através de suas duas leis mais recentes, e as relativizações desse sistema no Brasil acerca do tema. Será abordada a inclusão da lei n. 11.690/08. Depois, a inclusão da lei n. 13.964/19 e seu consequente adendo do § 5º ao art. 157 do CPP e jurisprudência sobre. Todos estes, importantes passos dados pelo sistema processual penal brasileiro nesse sentido.

A Lei n. 11.690/08, trouxe importantes mudanças no tocante às provas do processo penal. Até aquele momento, o Código de Processo Penal previa no seu art. 157 somente que o juiz formaria sua convicção pela livre apreciação da prova.

A inovação trazida pela Lei não somente abarcou um conceito de prova ilícita, que era omissa no ordenamento jurídico brasileiro, como também firmou a presença da “teoria dos frutos da árvore envenenada”, a prova ilícita por derivação. Dessa forma, aderiu a duas exceções às provas ilícitas por derivação e a consequência jurídica a ser adotada no caso de inclusão de uma prova ilícita no processo.

O art. 157 do CPP, afirma que (Redação antiga, da época da promulgação da lei, antes da lei n. 13.964/19, e o adendo consequente do §5º):

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

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

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

§3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova considerada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultando às partes acompanhar o incidente

§4º (VETADO) (BRASIL, 2008).

Com a promulgação da Lei 11.690/08, finalmente ficou definido o conceito das “provas ilícitas”: “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” Também sanou-se a dúvida quanto à consequência jurídica do elemento de prova eivado pela ilicitude e incluído no processo seu desentranhamento e inutilização.

Quanto às exceções às provas ilícitas por derivação anunciadas na Lei 11.690/08, essas são, na verdade, a quebra do nexo causal entre a prova ilícita

originária e a prova “ilícita” dela derivada, tornando esta livre de vícios da contaminação pela ilicitude inicial.

Esta monografia já demonstrou fundamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do afastamento da “teoria dos frutos da árvore envenenada”, as exceções acerca da prova ilícita por derivação.

Após isso, na constante evolução do tema no direito, pouco mais de uma década depois, veio à ser promulgada a lei n. 13.964/19, trazendo o adendo do §5º ao art. 157 do CPP. Este parágrafo se aderiu afirmando que:

§5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”

Este parágrafo reforçou a garantia contra o uso indevido de provas ilícitas, apesar de ir em direta contramão para com o tema desta monografia. Porém, este já foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com suspensão liminar por parte do STF, muito com base nas questões aqui abordadas. Foram as ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

A ADI 6.298/DF, do STF, com o relator Ministro Luiz Fux, contesta a lei n. 13.964/19, incluindo o §5º do art. 157 do CPP no contexto. Nesta, afirma-se que: “Os princípios da legalidade, do juiz natural e da razoabilidade restam violados pela proibição de o juiz que conheceu a prova declarada inadmissível proferir a sentença. A ausência de elementos claros e objetivos para a seleção do juiz sentenciante permite eventual manipulação da escolha do órgão julgador, conduzindo à inconstitucionalidade a técnica eleita legislativamente” Desta forma: “Medida cautelar concedida, para suspensão da eficácia do artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal (Inconstitucionalidade material. (BRASIL, 2019).

Sobre o parágrafo em questão, se impugnou a alteração do juiz natural que conheceu de prova declarada inadmissível. O Presidente da Corte justificou o pedido de suspensão da norma de acordo com os seguintes termos:

De início, anoto que a norma em tela é extremamente vaga, gerando inúmeras dúvidas. O que significa “conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível”? Significa apenas travar contato com a prova ou pressupõe que o juiz necessariamente tenha emitido algum juízo de valor sobre o material probatório”? O juiz, após “conhecer” do conteúdo da prova, ainda poderá proferir decisões interlocutórias e presidir a instrução, ficando impedido apenas para a sentença, ou, ficará impedido desde logo? A ausência de clareza do preceito é também capaz de gerar situações inusitadas, Imagine-se o juiz que, ao proferir a sentença, se depare com uma prova ilícita e a declare como tal. Nesse caso, ele interrompe a prolação da sentença e, em seguida, remete aos autos ao juiz que o substituirá? Imagine-se, agora, que a câmara de um tribunal decida anular um processo por ilicitude da prova e determine o retorno dos autos à origem. Nesse caso, a câmara ficará impedida de julgar nova apelação? A vagueza do preceito e as inúmeras dúvidas que ela suscita, por si sós, colocam em dúvida sua constitucionalidade. Uma das facetas do princípio da legalidade, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, é que as leis sejam editadas, tanto quando possível e adequado, com precisão, de

modo que sejam editadas, tanto quanto possível e adequado, com precisão, de modo que sejam aptas a efetivamente orientar a ação individual. Desse modo, promove-se previsibilidade e, conseqüentemente, segurança jurídica. Assim, a utilização de fórmulas legislativas excessivamente vagas viola a segurança jurídica e o princípio da legalidade.

[...]

O § 5º do art. 157 é também danoso ao princípio do juiz natural, por ser norma de competência que não fornece critérios claros e objetivos para sua aplicação. Como redigido, o preceito pode resultar na criação de situações em que a produção de prova eventualmente nula sirva como instrumento deletério de interferência na definição do juiz natural (CF, art. 5º, LIII), abrindo brecha para a escolha do magistrado que examinará o processo crime, vulnerando-se, por via transversa, o postulado constitucional em questão. Com efeito, Gustavo Bardaró anota que existe o direito ao juiz certo, determinado segundo alguns critérios legais de competência, “que devem ser estabelecidos a partir de elementos claros e objetivos, que não permitam qualquer manipulação da individualização ou escolha do órgão que legitimamente irá julgar o processo”. (Juiz natural no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 157).

[...]

Por essas razões, neste juízo preliminar, próprio das medidas liminares, entendo ser o caso de suspensão do §5º do art. 157 do CPP, inserido pela Lei nº 13.964/2019. (BRASÍLIA, 2014).

Ao final da explanação, o presidente da corte de terminou a suspensão da eficácia do parágrafo em questão.

As leis apresentadas neste segmento mostram como o direito está em contínua evolução. Apesar das leis em questão irem ao encontro do desentranhamento das provas ilícitas do processo penal, já foi-se apresentado nesta monografia diversas contestações desta. O fato do ADI 6.298/DF estar acontecendo em plena produção desta monografia, mostra como o tema é atual e importante. Por este motivo, logo talvez esta monografia torne-se até certo ponto, datada, porém a semente da importância do tema já foi inserida faz algum tempo.

CONCLUSÃO

Concluindo-se a pesquisa realizada nesta monografia, devo dizer que a escolha deste tema, a possibilidade ou não do uso de provas ilícitas no Processo Penal brasileiro, foi fruto primeiramente ao contexto atual em que este assunto se apresenta. Também houve esta escolha referente ao fato desta questão me provocar pessoalmente inquietude frente aos fatos, e meu apreço e interesse ao tema abordado e ao direito penal. Como já dito anteriormente, o direito e o direito penal estão em constante evolução. A sumária e absoluta exclusão das provas originárias de origem ilícita, soa um tanto quanto simplista para a resolução da questão.

No primeiro capítulo, na parte constitucional da monografia, foi abordada a prova como forma de alcance da verdade real no processo penal. Primeiramente neste, foi didaticamente explicado o conceito de prova, e a diferenciação com as provas obtidas por meios ilícitos. Após esta apresentação, houve a indicação sobre a possibilidade do uso das provas ilícitas, com base nos princípios constitucionais da verdade real e da proporcionalidade. Tais princípios entram em choque direto com a vedação sumária das provas ilícitas no Processo Penal, e foram-se apresentadas doutrinas e jurisprudências nacionais das mais diversas sobre isso no âmbito constitucional brasileiro. Já no segundo capítulo, na parcela originária e internacionalizada do tema, foi feita uma análise principiológica sobre a possibilidade ou não do uso de provas ilícitas no Processo Penal. Nesta foi abordada as origens e desenvolvimento da Regra de Exclusão e da ilicitude por derivação, suas contestações e como inseriu-se tudo isto no Processo Penal brasileiro. Doutrinas e jurisprudências nacionais e internacionais foram apresentadas neste caso para dar-se esta sustentação.

A pesquisa baseou-se na hipótese sobre a possibilidade ou não do uso de provas ilícitas no processo penal de nosso país. Tal pergunta central, após este amplo e detalhado estudo, mostrou-se respondida afirmativamente sobre esta possibilidade. Doutrinas e jurisprudências nacionais e internacionais das mais diversas no âmbito nacional e internacional, com fulcro em princípios da

constituição brasileira e americana deram ainda mais suporte sobre o quão simplista e precipitadamente conclusiva, a vedação sumária das provas originárias de modos ilícitos é.

Por fim, como conclusão desta pesquisa, entende-se que a vedação total e súbita do uso de provas ilícitas no Processo Penal Brasileiro é de certa forma simples e definitiva demais para o dinamismo e evolução constante do direito e do direito penal. Conclui-se que a pura e sumária vedação não combina com a natureza e complexidade não só do direito e do direito penal, mas como também dos indivíduos, que no final das contas são os agentes por trás disto. A contribuição que este estudo fez foi que, feito todos estes estudos acerca do tema, é cedo e simples demais para acabar com tal discussão. Não aqui afirmando definitivamente que sim ou que não deve ser utilizada a prova ilícita no processo penal, mas sim, apenas contribuindo com a ideia de que esta possibilidade de uso é sim, viva.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**, 7º ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

ARISTÓTELES. **Da justiça** – Curitiba: Juruá, 2009.

ARMENTA DEU, Teresa. **La prueba ilícita – um estúdio comparado**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

BARDARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de out. de 1941.

_____. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto Lei 3.689**, de 03 de out. de 1941. Código de Processo Penal Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3.689.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASÍLIA. **HC 3989/RJ**, 6º Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Adhemar Maciel, Julgado em 26/02/1996. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/consultas>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. **RHC 7216/SP**, 5º Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Edson Vidigal, Julgado em 28/04/1998. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/consultas>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. **HC 70814/SP**, 1º Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Celso de Mello, Julgado em 24/06/1994. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/consultas>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. **HC 93050/RJ**, 1º Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Celso de Mello, Julgado em 01/08/2008. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/consultas>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. **HC 73.461/SP**, 1º Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Octávio Gallotti, Julgado em 13/12/1996. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

_____. **HC 74.678/SP**, 1º Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Moreira Alves, Julgado em 15/08/1997. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 17 mar. 2020.

_____. **ADI 6298**, 1º Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Luiz Fux, Julgado em 22/01/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

CÂMARA, Priscila da Costa. **Provas ilícitas: a possibilidade de admissão no processo penal brasileiro**. 2009. Dissertação de mestrado – Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Florianópolis, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23º ed. Ver. E atual – São Paulo: Saraiva, 2019.

DA COSTA, Rafael Machado. **Provas ilícitas: do juízo da admissão da prova ilícita no processo penal**. 2010. Trabalho de conclusão de curso – Universidade Federal de Juiz de Fora. 2010, Juiz de Fora, 2010.

DE ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Provas ilícitas e proporcionalidade: Uma análise da colisão entre princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. 2006. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

DIAS, Lucas Giovani Venceslau. **Provas ilícitas no processo penal: Análise da teoria dos frutos da árvore envenenada**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade de Taubaté, Taubaté, 2019.

DRIPP, Donald. **Exclusionary rule**. In. **Encyclopedia of crime and justice**. 2ª ed. – Nova Iorque: Macmillan Reference USA/Gale Group, 2002.

ESTADOS UNIDOS. **Suprema Corte. Harris VS. New York**, 401 U.S. 222, 1971.

_____. **United States Law**. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/federal/us/232/383/>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FICHMANN, Carolina. **Cidadania e prova ilícita pro societate**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

FIDALGO GALLARDO, Carlos. **Las pruebas** – Madrid, 2009. GOMES, Luiz Flávio, **A prova no processo penal** – comentários à Lei nº 11.690/2008. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Tendências jurisprudenciais penais. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule)**, nº 809, Ano 92 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO FILHO, Vicente, **Manual de processo penal**. Vicente Greco Filho. 11º ed., ampl. e atual – São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI. GOMES FILHO. ANTONIO MAGALHÃES. FERNANDES, ANTONIO SCARANCA. **As nulidades no processo penal**. 12º ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JARDIM, Afrânio Silva. **O Princípio Da Verdade Real No Processo Penal: Uma Explicação Necessária**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-principio-da-verdade-real-no-processo-penal-uma-explicacao-necessaria>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

JESUS MARQUES, Gladston. **A busca da verdade real em detrimento do princípio da vedação de provas ilícitas no processo penal**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-165/a-busca-da-verdade-real-em-detrimento-do-principio-da-vedacao-de-provas-ilicitas-no-processo-penal/>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**. 2º ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Processo penal**. 18º ed. Ver. E atual. – São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal comentado**. 19º ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

PONTES CARNAÚBA, MARIA CECÍLIA. **Prova ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

SÃO PAULO. **Apelação Criminal Nº 185.901-3**, 3º Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Segurado Braz, Julgado em 30/10/1995. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Manual de processo penal constitucional: pós reforma de 2008**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

STRECK, Lenio Luiz Streck. **Dicionário de hermenêutica – quarenta temas fundamentais de teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 6º ed. – Belo Horizonte: Letramento, 2017.

TAKAYANAGI, Fabiano Yugi. **Críticas às exceções legais às provas ilícitas por derivação no processo penal brasileiro e análise da jurisprudência após a reforma da lei 11.690/08**. 2014. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 17^o ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30^o ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.