

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

HELLEN CRISTINA CÓRDOVA NEIVA DE LIMA

RELATIVIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA

**Curitiba
2009**

HELLEN CRISTINA CÓRDOVA NEIVA DE LIMA

RELATIVIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA

Monografia apresentada como Requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Desemb. Mário Héilton Jorge.

**Curitiba
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

HELLEN CRISTINA CÓRDOVA NEIVA DE LIMA

RELATIVIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, ---- de ----- de 2009.

RESUMO

A presente monografia apresenta a análise das teorias que relativizam a vedação da prova ilícita no processo penal. Parte-se do conceito de prova no processo penal, que é a reconstrução dos fatos investigados no processo e meio apto a convencer o espírito de quem julga. Discorre-se acerca da finalidade da prova, o seu objeto, os fatos que independem de prova, a classificação, os meios de prova, suas fases, quem tem o ônus de provar, a prova emprestada e os sistemas de avaliação. Verifica-se a principiologia da prova, sendo mais detidamente apreciado o princípio da liberdade da prova e suas limitações, dentre as quais, a inadmissibilidade das provas ilícitas, contida no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal. Tal preceito baseou-se no princípio da exclusão norte-americano ou, *exclusionary rule*, teoria decorrente da norma contida na quarta emenda da Constituição estadunidense. Relata-se a distinção entre prova ilícita e ilegítima, sendo ambas as espécies da prova ilegal. Além disso, aponta as teorias sobre a aceitabilidade da prova ilícita, tais como a obstativa, a permissiva e a intermediária. O trabalho monográfico tem por objetivo analisar as teorias que flexibilizam a vedação constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente. Dentre tais teorias, estão a descoberta inevitável, a fonte independente e a teoria da proporcionalidade. Enfim, verifica-se a proposta de alteração do Código de Processo Penal, relativa ao tema proposto.

Palavras chave: Inadmissibilidade; Princípio da Liberdade de Prova; Prova Ilícita; Prova Ilegítima; Relativização.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 A PROVA NO PROCESSO PENAL.....	9
2.1 CONCEITO DE PROVA.....	9
2.2 OBJETIVO DA PROVA.....	10
2.3 OBJETO DA PROVA.....	11
2.3.1 FATOS QUE INDEPENDEM DE PROVA.....	12
2.4 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS.....	13
2.5 MEIOS DE PROVA.....	14
2.6 AS FASES DA PROVA.....	15
2.7 ÔNUS DA PROVA.....	16
2.8 PROVA EMPRESTADA.....	18
2.9 SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA.....	19
3 PRINCIPIOLOGIA DA PROVA.....	20
3.1 PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DA PROVA.....	20
3.2 PRINCÍPIO DA LICITUDE DA PROVA.....	20
3.3 PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA.....	21
3.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	21
3.5 <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>	22
3.6 PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ.....	23
3.7 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DA PROVA.....	24
4 PROVA ILEGAL.....	25
4.1 DA DISTINÇÃO ENTRE PROVA ILÍCITA E ILEGÍTIMA.....	25
4.2 TEORIAS SOBRE A ACEITABILIDADE DA PROVA ILÍCITA.....	28
4.2.1 Teoria Obstativa.....	28
4.2.2 Teoria Permissiva.....	29
4.2.3 Teoria Intermediária.....	30
5 RELATIVIZAÇÃO DA VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA.....	32
5.1 TEORIA DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.....	32
5.2 TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE.....	35
5.3 TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL.....	40
5.4 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE.....	42
6 ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	48

6.1 ATUAL REDAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	48
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS.....	52

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo analisar as teorias que versam sobre a relativização da prova ilícita, abordando seus principais aspectos e conseqüências.

No capítulo dois, abordar-se-á, prefacialmente, o conceito de prova, no processo penal, que cinge-se, para uns, na reconstrução dos fatos investigados no processo e, para outros, versa sobre o meio apto a convencer o espírito de quem profere a decisão judicial. Analisar-se-á o objetivo da prova, que nada mais é do que a formação da convicção do órgão julgador. Verificar-se-á, ainda, o objeto da prova, que consiste no fato a ser provado e, raramente, no direito. Relatar-se-á acerca dos fatos que independem de prova, tais como os fatos notórios, os que contêm presunção legal absoluta, os impossíveis e os irrelevantes ou impertinentes. Abordar-se-á a classificação das provas quanto ao objeto, quanto ao sujeito, quanto à forma e quanto ao valor ou efeito. Os meios de prova previstos na lei e os não previstos, desde que moralmente legítimos. As fases da prova, tais como a proposição, a admissão, a produção e a apreciação. O ônus da prova, a prova emprestada e os sistemas de avaliação da prova, que consistem na íntima convicção, verdade legal e o sistema da persuasão racional do juiz.

No capítulo três, analisar-se-á a principiologia da prova, especificamente as princípios da comunhão da prova, licitude da prova, estado de inocência, contraditório, *nemo tenetur se detegere*, identidade física do juiz e o princípio da liberdade da prova, o qual não possui uma liberdade irrestrita, tendo como limites, dentre outros, o estado civil das pessoas e a vedação da prova obtida por meios ilícitos.

No capítulo quatro, o estudo refere-se à prova ilegal, que é o gênero da qual se distinguem a prova ilícita e ilegítima. As provas ilícitas são aquelas que violam normas de direito material, sendo que as ilegítimas violam normas de direito processual. Discorrer-se-á acerca das teorias que se referem sobre a aceitabilidade da prova ilícita, tais como a teoria obstativa, a teoria permissiva e a teoria intermediária. A teoria obstativa considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, em qualquer caso. Diferentemente, a teoria permissiva admite que a prova obtida ilicitamente seja reconhecida como válida a fim de prevalecer o interesse da

justiça para o deslinde da verdade. Já, a teoria intermediária, prevê a admissibilidade da prova ilícita, em casos excepcionais e graves, em razão do interesse público a ser preservado e protegido.

No capítulo cinco, analisar-se-á a relativização da vedação da prova ilícita, com amparo nas teorias da ilicitude por derivação, da fonte independente, da descoberta inevitável e da proporcionalidade. A inadmissibilidade das provas ilícitas do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, inspirou-se na *exclusionary rule*, ou princípio da exclusão, constante na Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos. A teoria da ilicitude por derivação é a teoria norte-americana, *fruits of the poisonous tree*, que aduz que as provas derivadas da prova ilícita são por ela contaminadas. A teoria da fonte independente flexibiliza a contaminação da prova derivada, vez que, também, se chegaria ao mesmo resultado por meio dos atos normais de investigação. A teoria da descoberta inevitável é mais uma exceção dos frutos da árvore venenosa, pois considera a prova derivada da ilícita, válida, quando a sua descoberta for inevitável. A teoria alemã, da proporcionalidade, relativiza a inadmissibilidade da prova ilícita, a fim de corrigirem-se possíveis distorções que levariam a excepcional gravidade.

No capítulo seis, acrescentar-se-á o anteprojeto de alteração do Código de Processo Penal, no que tange ao tema da prova ilícita, em cotejo com o atual Diploma Processual.

2 A PROVA NO PROCESSO PENAL

2.1 CONCEITO DE PROVA

Versa a prova no processo penal sobre a tentativa de reconstrução de um dado acontecimento, cuja finalidade é a aplicação adequada do Direito ao caso concreto.

O doutrinador EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (2009, p. 289), sobre a prova judiciária, assevera que:

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

Deve-se assinalar que, para o autor, a prova judicial é o resultado da reconstrução dos fatos ocorridos no mundo real, buscando-se alcançar a verdade mais próxima possível.

Nesse passo, SÉRGIO GILBERTO PORTO (1984, p. 10) ensina que “a prova judicial é a reunião dos meios aptos a demonstrar (critério objetivo), e dos meios aptos a convencer, o espírito de quem julga (critério subjetivo)”. [grifo do autor]

Veja-se que para o autor a prova judicial é tanto meio de demonstração dos fatos quanto de convencimento do julgador.

Já, para DENILSON FEITOZA (2008, p. 604), nos estudos relativos à definição de prova, o autor assevera que “(...) o vocábulo prova é polissêmico, possuindo vários sentidos, mesmo juridicamente; por exemplo: prova como fonte, prova como manifestação, prova como atividade, prova como resultado, prova como meio de prova e prova como meio de obtenção de prova.”

No mesmo sentido, é o escólio de OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA (2006, p. 320) para quem a palavra prova “(...) pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos, que haverão de basear a convicção do julgador, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz”.

Outrossim, a prova é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo magistrado e por terceiros, cuja finalidade é a de levar ao juiz a convicção acerca da existência ou da inexistência de um fato ou da falsidade ou veracidade de uma afirmação.

Por seu turno, CARLOS ALBERTO MOLINARO e MARIÂNGELA MILHORANZA (2007, p. 278) dizem que “prova nada mais é do que uma metodologia utilizada pelas partes e analisada pelo julgador para auxiliar na formação de sua convicção frente ao caso concreto”.

Verifica-se que os autores entendem ser a prova uma atividade produzida por meio de métodos, a fim de influir na decisão a ser tomada pelo magistrado.

Por derradeiro, importante consignar o novo conceito de prova trazido pela Lei nº 11.690/2008 e explicitado por EDUARDO CAMBI (2009, p. 29), nos seguintes termos:

O *autoritarismo processual*, evidenciado na menor importância dada à garantia constitucional do contraditório, foi definitivamente sepultado pela Lei 11.690/2008, a começar pelo próprio conceito de prova. [...].
Na perspectiva constitucional, condição de validade da prova é que ela tenha sido formada à luz do contraditório. O que é produzido fora do contraditório não pode ser considerado prova, não devendo integrar a esfera de persuasão racional do julgador.
Louvável, pois, é o disposto no art. 155 do CPP (com a redação da Lei 11.690/2008), ao asseverar que *o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial*”. [grifo do autor]

Dessarte, o juiz só poderá decidir a causa após a participação efetiva das partes, com a apreciação das provas produzidas em contraditório, assegurando-se assim o direito fundamental do cidadão à prova, decorrente do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Conceituado o instituto, faz-se necessário analisar o objetivo almejado com a produção probatória.

2.2 OBJETIVO DA PROVA

Para DENILSON FEITOZA (2009, p. 605) “a finalidade da prova é o convencimento do juiz, ou, em termos mais genéricos, a formação da convicção da entidade decisora sobre a existência ou não de um fato”.

O autor preconiza que a prova se destina ao magistrado, vez que é ele quem decidirá acerca da pretensão posta em juízo, consistindo, a sua finalidade, no convencimento do juiz.

Nesse diapasão, EDILSON MOUGENOT BONFIM (2006, p.286) entende, por objetivo da prova, o seguinte:

Como se sabe, a aplicação das normas jurídicas tem por pressuposto a ocorrência de fatos que, sob a incidência dessas normas, resultem na produção de efeitos jurídicos. Toda atividade de determinar o direito aplicável em cada caso concreto, portanto, depende de que o julgador conheça o conjunto de fatos sobre os quais a norma jurídica deverá incidir. Pode-se dizer, assim, que a prova tem como finalidade permitir que o julgador conheça os fatos sobre os quais fará incidir o direito. Esse, aliás, o objetivo primordial do chamado processo de conhecimento, no âmbito do qual a parte mais substancial dos atos é voltada à instrução – a produção de provas, a fim de iluminar o espírito do julgador e permitir a ele exercer o poder jurisdicional.

Assim, a prova tem como objetivo possibilitar a subsunção dos fatos à norma, a fim de que o magistrado exerça o seu poder jurisdicional aplicando o Direito ao caso concreto.

Verificada a finalidade da prova, far-se-á uma análise acerca do seu objeto.

2.3 OBJETO DA PROVA

Com precisão, DENILSON FEITOZA (2008, p. 630) coloca que:

Objeto da prova é o fato ou, como rara exceção, o direito que exige comprovação.

O direito, em regra, não precisa ser provado. Quanto ao direito federal, o juiz é obrigado a conhecê-lo. A doutrina também tem entendido que o juiz é obrigado a conhecer o direito estadual e municipal do lugar em que exerce suas funções.

O CPP não tem dispositivo específico sobre a prova do direito. Aplica-se, por força do art. 3º do CPP, subsidiariamente o art. 337 do CPC: *A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.* [grifo do autor]

O autor supramencionado enfatiza que o que se prova são os fatos e, excepcionalmente, o direito.

CARLOS ALBERTO MOLINARO e MARIÂNGELA GUERREIRO MILHORANZA (2007, p. 10) assim se posicionam sobre o tema:

Via de regra, os fatos controvertidos são objeto de prova. Todavia, em se tratando de direitos indisponíveis, pode o juiz exigir a prova de fatos a respeito dos quais não haja controvérsia entre as partes. São também dispensados de prova os fatos notórios, bem como os confessados (estes no caso de direitos disponíveis). [grifo do autor]

Os autores explicitam que o objeto de prova são os fatos relevantes para o deslinde da causa e, geralmente, são fatos controvertidos.

Nesta seara de raciocínio, é da doutrina do saudoso JULIO FABBRINI MIRABETE (2003, p. 257) que se extrai o seguinte entendimento:

Objeto da prova é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio. Abrange, portanto, não só o fato criminoso e sua autoria, como todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança. Refere-se, pois, aos fatos relevantes para a decisão da causa, devendo ser excluídos aqueles que não apresentam qualquer relação com o que é discutido e que, assim, nenhuma influência podem ter na solução do litígio. São irrelevantes, p. ex., as roupas vestidas pelo autor, suas convicções religiosas ou seu estado civil quando tais circunstâncias não são elementos do crime, não influem na fixação da pena ou não trazem qualquer subsídio à apuração da verdade buscada no processo.

Ao contrário do que ocorre no processo civil, no processo penal não se exclui do objeto da prova o chamado **fato incontroverso**, aquele admitido pelas partes. [grifo do autor]

Desta forma, no processo penal, mesmo quando as partes afirmam algum fato, o juiz não está obrigado a admiti-la como verdadeira, podendo indagar sobre tudo o que lhe pareça duvidoso, inclusive a confissão.

Outrossim, o objeto de prova no processo penal possui uma disciplina diferente da do processo civil, onde todos os fatos devem ser provados, inclusive o aceito ou o incontroverso.

Analisado o objeto sobre o qual recai a atividade probatória, insta relatar os fatos que não necessitam ser demonstrados em juízo.

2.3.1 Fatos que Independem de Prova

No aspecto referente aos fatos que independem de prova GUILHERME DE SOUZA NUCCI (2006, p. 360) ensina que:

a) fatos notórios, que envolvem os evidentes e intuitivos; b) fatos que contêm uma presunção legal absoluta; c) fatos impossíveis; d) fatos irrelevantes ou impertinentes. Os fatos notórios são os nacionalmente conhecidos, não se podendo considerar os relativos a uma comunidade específica, bem como os atuais, uma vez que o tempo faz com que a notoriedade se esmaça, levando a parte à produção da prova. Dentre os

notórios, situam-se, ainda, os *evidentes* – extraídos das diversas ciências (ex.: lei da gravidade) – e os *intuitivos* – decorrentes da experiência e da lógica (ex.: o fogo queima). Os fatos que contêm presunção legal absoluta são os que não comportam prova em sentido contrário (ex.: o menor de 18 anos é penalmente inimputável). Os fatos impossíveis são aqueles que causam aversão ao espírito de uma pessoa informada (ex.: dizer o réu que estava na Lua no momento do crime). Por derradeiro, os fatos irrelevantes ou impertinentes são os que não dizem respeito à solução da causa (ex.: verificação do passatempo preferido da vítima, se não guarda correspondência com o fato imputado ao réu). [grifo do autor]

Note-se que o autor elenca as hipóteses sobre as quais não haverá produção de prova, eis que se trata de casos que restam cabalmente evidenciados.

2.4 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

DENILSON FEITOZA (2008, p. 605) explicitando acerca desse tema, afirma que:

A classificação da prova pode ser feita:

a) *quanto ao objeto:*

a.1) *prova direta:* diz respeito diretamente ao fato probando. Por exemplo: testemunha que viu o réu matar a vítima, esfaqueando-a;

a.2) *prova indireta:* diz respeito indiretamente ao fato probando. Por exemplo: testemunha que viu o réu, logo após a morte da vítima, com uma faca ensangüentada nas mãos;

b) *quanto ao sujeito ou fonte:*

b.1) *prova pessoal.* Por exemplo, testemunha que viu o roubo;

b.2) *prova real.* Por exemplo, a arma com impressões digitais do agente do crime;

c) *quanto à forma ou aparência:*

c.1) *prova testemunhal.* Por exemplo, oitiva de testemunhas, ouvida do lesado ou vítima, acareações;

c.2) *prova documental.* Por exemplo, escritos públicos ou particulares, livros comerciais, etc.;

c.3) *prova material.* Por exemplo, corpo de delito, exames, vistorias, instrumento do crime etc.;

d) *quanto ao valor ou efeito:*

d.1) *prova plena:* a que nos infunde um juízo de certeza. Por exemplo, a necessária para a condenação;

d.2) *prova não-plena:* a que nos infunde um juízo de credibilidade ou de probabilidade. Na legislação, aparece sob expressões como “indícios veementes”, “fundadas razões” etc. Por exemplo, a prova exigida para o decreto de prisão preventiva. [grifo do autor]

Nesse passo, é de salutar importância destacar o entendimento de EDILSON MOUGENOUT BONFIM (2006, p. 290) que, discorrendo acerca da classificação da prova, ensina o seguinte:

A prova é classificada de acordo com diversos critérios:

I – *Quanto ao objeto*, pode ser *direta* ou *indireta*. A primeira demonstra o fato de forma imediata (ex.: o flagrante, a confissão, o corpo de delito); a segunda, ao contrário, afirma um fato do qual se infira, por dedução ou indução, a existência do fato que se busque provar (ex.: os indícios, presunções e suspeitas).

II – *Quanto ao sujeito ou causa*, poderá ser *real*, se surgir de coisa ou objeto (ex.: aquela extraída dos vestígios deixados pelo crime); ou *pessoal*, quando emanar da manifestação consciente do ser humano (ex.: a testemunha que narra os fatos a que assistiu; o laudo assinado por dois peritos).

III – *Quanto à forma*, são divididas em: *testemunhal*, *documental* e *material*. A prova testemunhal é aquela feita por afirmação pessoal. Documental, ao contrário, é aquela feita por prova escrita ou gravada. Por fim, a prova material é a que consiste em qualquer materialidade que sirva de elemento para o convencimento do juiz sobre o fato probando.

IV – *Quanto ao valor ou efeito: plena (perfeita ou completa)* é aquela apta a conduzir um estado de certeza no espírito do juiz; *não plena (imperfeita ou incompleta)*, caso não seja suficiente por si para comprovar a existência do fato, trazendo apenas uma probabilidade acerca de sua ocorrência. [grifo do autor]

Em suma, a classificação das provas quanto ao objeto pode ser direta ou indireta. Será direta quando se referir diretamente ao fato probando. Será indireta, quando levar em consideração fatos secundários, mas relacionados com o fato principal. Em razão de seu valor, a prova será plena ou indiciária. Prova plena é a convincente, que leva ao juízo de certeza. É o tipo de prova exigida para a condenação, eis que na dúvida o réu deve ser absolvido. Já, a prova indiciária, induz a um juízo de mera probabilidade. Isoladamente não serve de base para a prolação de sentença condenatória, podendo ser utilizada se conjugada com uma prova plena, ou se for prova cautelar, não-repetível ou antecipada.

2.5 MEIOS DE PROVA

É da lição de PAULO RANGEL (2008, p. 420), que se extrai o seguinte entendimento acerca dos meios de prova, que são:

(...) todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam.

O depoimento da testemunha é o meio de prova de que se utiliza o juiz para formar sua convicção sobre os fatos controvertidos. A inspeção judicial é meio de prova. O indício é um meio de prova. Enfim, tudo aquilo que o juiz utiliza para alcançar um fim justo no processo é considerado meio de prova.

Vale dizer, meios de prova podem vir previstos na lei, ou não, e, desde que moralmente legítimos, são aceitos no ordenamento jurídico, sendo chamados de provas inominadas, conforme explicação do autor supramencionado.

Coerente com essa linha de entendimento, JULIO FABBRINI MIRABETE (2003, p. 259) acrescenta que:

O princípio da liberdade probatória, entretanto, não é absoluto. Dispõe o artigo 155 do CPP (parágrafo único do artigo 155 do CPP, alterado pela Lei nº 11.690/2008) que, no processo penal 'somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil'. [grifou-se]

Muito embora haja a liberdade na produção probatória, não necessitando haver previsão legal, bastando ser o meio moralmente legítimo, no que tange ao estado das pessoas a prova está sujeita às limitações impostas pela lei civil.

Note-se que DENILSON FEITOZA (2008, p. 633) elenca os meios legais de prova estabelecidos no Código de Processo Penal:

- a) exame de corpo de delito e outras perícias (arts. 158 a 184);
- b) interrogatório do acusado (arts. 185 a 196);
- c) confissão (arts. 197 a 200);
- d) perguntas ao ofendido (arts. 201);
- e) testemunhas (arts. 202 a 225);
- f) reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228);
- g) acareação (arts. 229 e 230);
- h) documentos (arts. 232 a 238);
- i) indícios (arts. 239);
- l) busca e apreensão (arts. 240 a 250).

Conceituado o instituto, faz-se necessário aduzir acerca das fases probatórias.

2.6 AS FASES DA PROVA

DENILSON FEITOZA (2008, p. 636) afirma que:

Durante o processo, geralmente a prova pode ter três momentos: a) momento do requerimento ou propositura; b) momento do deferimento; c) momento da produção. Entretanto, se o juiz determinar, de ofício, a produção de provas, os dois primeiros momentos serão substituídos pela determinação ou ordem do juiz.

A determinação de ofício, pelo magistrado, da produção de alguma prova, se refere às hipóteses do artigo 156 do Código de Processo Penal que

estabelece que mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, poderão ser ordenadas de ofício pelo juiz.

Nesse mister, EDILSON MOUGENOT BONFIM (2006, p. 290), explicitando acerca do procedimento probatório, proclama o seguinte:

A atividade probatória é, abstratamente, dividida nas seguintes fases:

- a) *proposição*: é o momento em que a produção da prova é proposta, a partir da configuração dos fatos que constituam a lide penal;
- b) *admissão*: trata-se do momento em que a produção da prova é admitida pelo julgador, porquanto este entende necessária a existência da prova para a elucidação de controvérsia entre as alegações das partes, ou para averiguar a veracidade de uma alegação de qualquer das partes;
- c) *produção*: constitui o momento em que a prova é produzida, ou seja, o ato ou procedimento por meio do qual determinado elemento de prova passa a integrar os autos do processo;
- d) *apreciação*: é o momento posterior à produção da prova, quando as partes sobre ela se manifestarão, após o que o magistrado estará apto a, integrando a prova produzida aos demais elementos de prova existentes no processo, valorá-la e proferir a decisão final acerca dos fatos probandos. [grifo do autor]

Note-se que o autor enfatiza que a proposição é o momento onde há o requerimento da prova, qual seja, para a acusação, na denúncia ou queixa, sendo que a defesa o faz na resposta, consistindo a proposição em ato das partes. Já a admissão é ato do magistrado. Quanto à produção das provas, verifica-se que as provas orais são feitas em audiência, enquanto que as periciais, geralmente são produzidas durante o inquérito policial. A valoração consiste na atividade do juiz por ocasião da sentença, eis que o magistrado é o destinatário final das provas.

2.7 ÔNUS DA PROVA

Cinge-se a discussão doutrinária acerca de qual dos sujeitos do processo, acusação ou réu, possui o ônus de provar as alegações levantadas em juízo.

Prefacialmente, importante consignar o conceito de ônus da prova que nos dizeres de JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER (2006) *apud* CARLOS ALBERTO MOLINARO e MARIÂNGELA GUERREIRO MILHORANZA (2007, p. 11) assevera o seguinte:

O ônus da prova, que é dever, no sentido objetivo, é a regra que indica ao juiz como decidir, na falta de prova dos fatos alegados. Como reflexo, há o

conceito e ônus da prova em sentido subjetivo, como encargo a indicar à parte que será prejudicada, não sendo provado o fato alegado.

Desta forma, a parte que possui o ônus da prova deve fazê-lo sob pena de arcar com os prejuízos relativos à sua inação.

A esse respeito, GUILHERME DE SOUZA NUCCI (2006, p. 361) traça a seguinte orientação:

(...) o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou queixa-crime. Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Imagine-se que afirme ter matado a vítima, embora o tenha feito em legítima defesa. É preciso provar a ocorrência da excludente, não sendo atribuição da acusação fazê-lo, até por que terá esta menos recursos para isso, pois o fato e suas circunstâncias concernem diretamente ao acusado, vale dizer, não foram investigados previamente pelo órgão acusatório. Saliente-se, no entanto, que tal ônus de prova da defesa não deve ser levado a extremos, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência e, conseqüentemente, do *in dubio pro reo*. Com isso, alegada alguma excludente, como a legítima defesa, por exemplo, feita prova razoável pela acusação e existindo dúvida, deve o réu ser absolvido e não condenado. [grifo do autor]

Infere-se da colocação do autor que o ônus da prova deve ser repartido entre acusação e defesa, cabendo a esta a prova de alguma causa excludente de antijuridicidade ou culpabilidade e, àquela, a prova da autoria e materialidade.

Noutro prisma, é a análise de PAULO RANGEL (2008, p. 456) que, em razão do princípio da presunção da inocência, sustenta o seguinte:

(...) manifestamo-nos no sentido de afirmar que o ônus hoje é todo do Ministério Público. Não mais compete ao réu ter que provar a sua inocência. [...]. A regra do art. 156 do CPP, com redação da Lei nº 11.690/08, deve ser vista à luz do que dispõe o art. 5º, LVII, da CRFB. (...).

Muito embora a doutrina tradicional indique que ao Ministério Público caiba o ônus de provar a materialidade e autoria, com as qualificadoras, agravantes e causas de aumento de pena, enquanto que a defesa possui o encargo de provar alguma causa excludente de autoria, ilicitude ou culpabilidade do réu, verifica-se que a posição doutrinária mais atual entende ser o ônus todo do Ministério Público, a fim de se fazer uma leitura constitucional do artigo 156 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 11.690/08.

2.8 PROVA EMPRESTADA

No que tange ao instituto da prova emprestada, EDILSON MOUGENOT BONFIM (2006, p. 291) afirma que:

Diz-se emprestada a prova produzida em um processo, e depois trasladada a outro, com o fim de nele comprovar determinado fato.

Pode ser qualquer meio de prova: o depoimento de uma testemunha, um laudo de exame de corpo de delito, um documento, a confissão do acusado, enfim, todo meio de prova.

Quanto a sua natureza, formalmente é tratada como prova documental, contudo, o seu caráter jurídico original (ex.: o testemunho trazido a outro processo por meio de reprodução gráfica será apreciado como prova testemunhal).

Podem surgir algumas controvérsias quanto à eficácia da prova emprestada. Alguns autores alegam que a prova emprestada não tem a mesma força probante que teve no processo do qual é originária. Dessa forma, para ter eficácia plena, ela deverá obedecer a alguns requisitos apontados pela doutrina: a) colheita em processo que contemple as mesmas partes; b) mesmo fato probando; c) observância, no processo precedente, das mesmas formalidades legais quando da produção probatória; d) observância do princípio do contraditório em relação ao processo em que a prova foi originariamente produzida. [grifo do autor]

Depreende-se da explicitação do autor, que a prova emprestada nada mais é do que uma prova documental, trazida de outro processo entre as mesmas partes e produzida sob o crivo do contraditório.

A fim de esclarecer adequadamente o tema, GUILHERME DE SOUZA NUCCI (2006, p. 359) afirma que prova emprestada:

(...) é aquela produzida em outro processo e, através de reprodução documental, juntada no processo criminal pendente de decisão. O juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter a especial cautela de verificar como foi formada no outro feito, de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal. Essa verificação inclui, naturalmente, o direito indeclinável ao contraditório, razão pela qual abrange o fato de ser constatado se as mesmas partes estavam envolvidas no processo onde a prova foi efetivamente produzida.

Veja-se que o juiz deve necessariamente tomar as devidas cautelas, a fim de verificar se a prova trasladada de outro processo foi produzida dentro do devido processo legal, respeitados o contraditório e a ampla defesa, para que não venha a contaminar o feito, caso haja decisão com fundamentação baseada nela. E ainda, verificar se eram as mesmas partes que estavam envolvidas.

2.9 SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA

JULIO FABBRINI MIRABETE (2003, p. 265) afirma que:

Com a evolução da justiça penal sofreram profundas alterações os sistemas de apreciação das provas. Primitivamente, aplicava-se o sistema **ético** ou pagão, em que a apreciação das provas era deixada ao sabor das impressões do juiz, que as aferia de acordo com sua própria experiência, num sistema empírico. Em seguida, vigorou o sistema **religioso**, em que se invocava o julgamento divino, através das ordálias, dos duelos judiciais e dos juízos de Deus. Nos tempos modernos, são três os sistemas instituídos pelas legislações: o da certeza moral do juiz; o da certeza moral do legislador e o da livre convicção.

Pelo sistema da **certeza moral do juiz**, ou da **íntima convicção**, a lei nada diz sobre o valor das provas e a decisão funda-se exclusivamente na certeza moral do juiz, que decide sobre sua admissibilidade, sua avaliação, seu carreamento para os autos. É o sistema que preside, de certo modo, os julgamentos efetuados pelo Tribunal do Júri. Pelo sistema da **certeza moral do legislador**, também chamado de sistema da **verdade legal ou formal**, a lei impõe ao juiz a observância de certos preceitos, estabelece o valor de cada prova, institui uma hierarquia delas, de forma que não lhe deixa praticamente nenhuma liberdade de apreciação. Pelo sistema da **livre convicção** ou da **verdade real** ou do **livre convencimento**, o juiz forma sua convicção pela livre apreciação da prova. Não fica adstrito a critérios valorativos e apriorísticos e é livre na sua escolha, aceitação e valoração. Foi este o adotado pelo Código de Processo Penal, em substituição ao sistema de certeza legal da legislação anterior, pois, de acordo com o artigo 157, “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”. [grifo do autor]

Depreende-se da citação acima que o autor enfatiza que o sistema de avaliação das provas sofreu profundas alterações no tempo, vez que, hodiernamente, vige o sistema da persuasão racional do juiz, também chamado de sistema do livre convencimento motivado ou sistema da verdade real.

A confirmar tal interpretação, DENILSON FEITOZA (2008, p. 629) afirma:

Apesar de o juiz estar limitado às provas dos autos, é livre para estabelecer o valor de cada uma, no contexto probatório global, pois não há uma predeterminação legal do valor de cada prova, devendo, contudo, fundamentar, motivar, sua decisão, revelando em que baseou sua valoração probatória (art. 157 do CPP). Todas as provas têm, portanto, geralmente, o mesmo valor.

Foi o sistema adotado no processo penal moderno.

Desse sistema, decorreram, na atualidade, o princípio do livre convencimento motivado (ou persuasão racional do juiz) e o princípio da verdade real. [grifo do autor]

Superadas as considerações sobre os sistemas de avaliação das provas, faz-se necessário tangenciar acerca dos diversos princípios relativos à atividade probatória.

3 PRINCIPIOLOGIA DA PROVA

3.1 PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DA PROVA

GUILHERME DE SOUZA NUCCI (2006, p. 364) aponta o princípio da comunhão da prova, dizendo que:

(...) significa que a prova, ainda que produzida por iniciativa de uma das partes, pertence ao processo e pode ser utilizada por todos os participantes da relação processual, destinando-se a apurar a verdade dos fatos alegados e contribuindo para o correto deslinde da causa pelo juiz.

Verifica-se, com base nesse princípio, que a prova não pertence à parte que a produziu, mas ao processo, podendo o juiz utilizar-se de uma prova contra a parte que a trouxe aos autos.

3.2 PRINCÍPIO DA LICITUDE DA PROVA

Fazendo um breve resumo acerca do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, DENILSON FEITOZA (2008, p. 618) dispõe que:

O princípio da licitude da prova [...] tem natureza constitucional, pois foi estabelecido pela Constituição Federal, no seu artigo 5º, LVI: *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.* [...]. É um princípio fundamental *no sistema jurídico* brasileiro. [grifo do autor]

Veja-se que a nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal, alterada pela Lei nº 11.690/08, coaduna-se com os direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

Pertinente ao tema é a doutrina de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (2009, p. 303), para quem:

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande

responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente *pedagógica*, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica. [grifo do autor]

O autor coloca que o princípio da vedação da prova ilícita serve para disciplinar condutas, da parte responsável pela produção da prova.

3.3 PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA

É da exegese da norma contida no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, que se extrai o seguinte entendimento: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

Note-se que AURY LOPES JÚNIOR (2008, p. 502) enfatiza que a presunção de inocência é dever de tratamento, quando relata que:

Esse **dever de tratamento** atua em duas dimensões, **interna e externa** ao processo. Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão efetivamente tratar o réu como inocente, não (ab) usando das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela, se atribui a carga da prova integralmente ao acusador (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente). [grifo do autor]

Noutros termos, o princípio da presunção de inocência é uma garantia fundamental do indivíduo de só ser considerado culpado após o trânsito em julgado da decisão judicial, tendo-se seguido o devido processo legal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

3.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Na lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER (1990, p. 4) “o contraditório se desdobra em dois momentos: a *informação e a possibilidade de reação*”. [grifo da autora]

No mesmo sentido, é o entendimento de DENILSON FEITOZA (2008, p. 626) para quem:

Princípio do contraditório, da bilateralidade da audiência ou da audiência contraditória consiste na ciência bilateral (ao autor e ao réu) dos atos e termos do processo e na possibilidade de contrariá-los, tendo as partes a ocasião e a possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões etc.

No que tange às provas, as partes têm que ter ciência de toda prova produzida e oportunidade de produzir contraprova, não se admitindo, sob pena de nulidade, a produção de uma prova por uma das partes, sem ciência da outra.

Em observância ao princípio do contraditório, as partes também têm o direito de ter ciência mesmo da prova produzida de ofício pelo juiz. Assim, se o juiz, após alegações finais das partes, produzir prova de ofício, deverá dar ciência às partes para se manifestarem, antes de prolatar ciência. [grifo do autor]

Verifica-se que o princípio constitucional do contraditório é corolário do devido processo legal, eis que a prova só pode ser considerada pelo magistrado, para fundamentar sua decisão, se a parte adversa tiver conhecimento e possibilidade de produzir a contraprova, respeitando-se assim o princípio do contraditório.

Nesse mote, JULIO FABBRINI MIRABETE (2003, p. 266) sustenta que:

Há o princípio da **auto-responsabilidade das partes**, em que estas assumem e suportam as conseqüências de sua inatividade, negligência, erro ou atos intencionais. Pelo princípio da **audiência contraditória**, toda prova admite a contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte (princípio do contraditório). [...]. De acordo com o princípio da **oralidade**, deve haver predominância da palavra falada (depoimentos, alegações, debates), mas essa predominância não é sensível em nosso direito processual penal. Como conseqüência do princípio da oralidade busca-se concentrar toda a produção da prova na audiência (princípio da **concentração**). Há também o princípio da **publicidade**, como ato judicial que é, embora haja exceções ao princípio, e, como visto, quanto à apreciação da prova, o princípio do **livre convencimento motivado** (...). [grifo do autor]

O autor elenca vários princípios relativos à atividade probatória, dentre os quais o do contraditório, afirmando que toda prova admite contraprova, não se permitindo a produção de uma prova sem o conhecimento da parte adversa.

3.5 NEMO TENETUR SE DETEGERE

É do escólio de AURY LOPES JÚNIOR (2008, p. 513) que se extrai o entendimento acerca do princípio do *nemo tenetur se detegere*:

(...) a defesa pessoal ou autodefesa é a possibilidade de o sujeito passivo resistir pessoalmente à pretensão acusatória, seja através de atuações positivas ou negativas. A autodefesa positiva deve ser compreendida como direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, participar de acareações, reconhecimentos, submeter-se a exames periciais, etc. A defesa pessoal negativa, como o próprio nome diz, estrutura-se a partir de uma recusa, um não fazer. É o direito de o imputado não fazer prova contra si mesmo, podendo recusar-se a praticar todo e qualquer ato probatório que entenda prejudicial à sua defesa (direito de calar no interrogatório, recusar-se a participar de acareações, reconhecimentos, submeter-se a exames periciais, etc.). [grifo do autor]

O autor referido explica que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, o que consiste em um direito fundamental do indivíduo de recusar-se de praticar qualquer ato probatório que lhe seja prejudicial.

É uma decorrência da defesa pessoal negativa, possuindo, o imputado, a garantia constitucional de que o seu silêncio, ou sua inação, não poderão lhe ser usados contrariamente, na decisão judicial.

3.6 PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (2009, p. 292) coloca que:

Enfim, o nosso Código de Processo Penal, depois de quase setenta anos, passou a incorporar a regra (ou princípio) da identidade física do juiz, ao dispor, por força da Lei 11.719/08, que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença” (art. 399, § 2º, CPP).

A medida é importantíssima, já que a coleta pessoal da prova, isto é, o contato imediato com os depoimentos, seja das testemunhas, seja também do ofendido e do acusado, parece-nos de grande significado para a formação do convencimento judicial.

Como se sabe, o provimento judicial final deve demonstrar sempre um juízo de certeza, quando condenatória a sentença. E essa, a certeza, de tão difícil obtenção, deve cercar-se de maiores cautelas. Daí a exigência de o juiz da instrução ser o mesmo da sentença alinha-se com um modelo processual que valoriza o livre convencimento motivado e da persuasão racional, dado que se põe como a medida (da prova para a sentença) para a formação da convicção do magistrado. [grifo do autor]

O autor comenta que a regra da identidade física do juiz, apesar da reforma, deve ser aplicada subsidiariamente pelo artigo 132 do Código de Processo Civil, já que este prevê as hipóteses em que o juiz que proferiu a sentença não precisará ser o mesmo que presidiu a instrução, nos casos de licença, afastamento por qualquer motivo, promoção e aposentadoria, passando os autos ao seu sucessor.

3.7 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DA PROVA

PAULO RANGEL (2008, p. 425) afirma que:

O princípio da liberdade da prova é um consectário lógico do princípio da verdade processual, ou seja, se o juiz deve buscar sempre a verdade dos fatos que lhe são apresentados, óbvio nos parece que tem toda a liberdade de agir, com o fim de reconstruir o fato praticado e aplicar a ele a norma jurídica que for cabível.

Assim, na busca da verdade, deve o juiz desenvolver as atividades necessárias, com o escopo de dar a cada um aquilo que, efetivamente, a ele pertence; porém, sua atuação encontra limites previstos em lei.

A liberdade da prova, portanto, não é absoluta, pois muitas vezes o juiz estará coarctado em sua pesquisa sobre a verdade dos fatos. O fundamento desta limitação está em que a lei considera certos interesses de maior valor do que a simples prova de um fato, mesmo que seja ilícito. Pois os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana impedem que a procura da verdade utilize-se de meios e expedientes condenáveis dentro de um Estado Democrático de Direito.

O autor (2008, p. 426), dissertando acerca da relatividade do princípio da liberdade da prova, enumera alguns limites impostos pela legislação à liberdade probatória, com os seguintes exemplos: o estado civil das pessoas só se prova com a certidão de casamento (art. 155, parágrafo único do CPP); a decretação da extinção da punibilidade do acusado morto só pode ocorrer com a certidão de óbito (art. 62 do CPP); a questão prejudicial da nulidade do casamento, decidida no juízo cível, vincula o juiz penal quanto à imputação do crime de bigamia; a validade da sentença declaratória da falência ou da recuperação judicial não pode ser pesquisada pelo juízo penal (art. 187 da Lei 11.101/05); o segredo profissional (art. 207 do CPP) e a apreensão de documentos em poder do defensor, vedada pela lei (art. 243, § 2º do CPP) e a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 157 do CPP).

LUIZ FLAVIO GOMES, *et al* (2008, p. 269), a respeito da liberdade da produção da prova, assevera:

A liberdade aqui prevista não é, nem deve implicar nunca, no arbítrio, merecendo limitações. Dentre tais limitações, destaca-se aquela que veda a produção da prova obtida por meios ilícitos, segundo expresse preceito constitucional (art. 5º, LVI, da CF), (...). [grifo do autor]

É a partir da limitação do princípio da liberdade da produção da prova, especificamente quanto à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que se analisará, em seguida, a vedação constitucional, com suas teorias e alterações trazidas pela Lei nº 11.690/08.

4 PROVA ILEGAL

4.1 DA DISTINÇÃO ENTRE PROVA ILÍCITA E ILEGÍTIMA

Em razão da norma insculpida no art. 5º, inciso LVI da CF, segundo a qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, a Lei nº 11.690/08, disciplinando o tema, deu nova redação ao artigo 157 do Código de Processo Penal, aduzindo que: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

Nesse passo, DAMÁSIO DE JESUS (2009, p. 160), discorrendo sobre a distinção terminológica entre prova ilícita e ilegítima, afirma que:

No processo penal vigora o princípio da liberdade da prova, o qual não possui, entretanto, caráter absoluto. São inadmissíveis no processo as chamadas provas *ilegais*, gênero que se subdivide nas espécies: *prova ilegítima e prova ilícita*. Ilegítima é a prova cuja produção é vedada por norma processual [...]. Ilícita é aquela cuja produção ofende norma de Direito Material (constitucional ou infraconstitucional). [grifo do autor]

O autor coloca que o princípio da liberdade da prova não é absoluto, como visto alhures. Em razão disso, não se admite, no processo, as provas que violem regras de direito processual, ou de direito material.

Nessa linha de raciocínio, DENILSON FEITOZA (2008, p. 606) esclarece que as provas proibidas ou ilegais podem ser classificadas como provas ilícitas, provas ilícitas e ilegítimas ou somente provas ilegítimas. Veja-se:

- a) provas ilícitas: as que violam norma de direito material. As provas ilícitas dizem respeito à obtenção ou coleta da prova. Por exemplo, as declarações do indiciado ou réu colhidas sob tortura. No caso, há violação de uma norma material, a saber, a norma penal incriminadora que prevê a conduta como crime de tortura (Lei nº 9.455/1997);
- b) provas ilícitas e ilegítimas simultaneamente: as que violam norma de direito material e processual simultaneamente. Por exemplo, a realização de busca e apreensão por um delegado de polícia com violação de domicílio, sem mandado judicial e sem flagrante delito. No caso, há violação de norma penal, pois a conduta é prevista como crime comum de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/1965. Art. 3º, b), bem como de norma processual, que estabelece os requisitos para a realização de busca e apreensão domiciliares (art. 240 a 250 do CPP c/c art. 5º. XI, CR);
- c) provas ilegítimas: as que violam norma de direito processual. As provas ilegítimas dizem respeito à produção da prova. Por exemplo, a elaboração do laudo pericial com apenas um perito (art. 159, *caput*, do CPP); [grifo do autor]

Para o autor, as provas ilegais podem classificar-se em: ilícitas, se violarem norma de direito material; ilícitas e ilegítimas, caso violem ao mesmo tempo norma de direito material e processual; ou apenas ilegítimas, se violarem tão-somente regra de direito processual.

O autor (2008, p. 607) discorrendo acerca das conseqüências jurídicas da prova ilícita e da ilegítima, afirma que:

As provas ilegítimas já teriam seu regime jurídico resolvido pela teoria das nulidades. Havendo violação de norma processual, estariam sujeitas ao reconhecimento de sua nulidade e decretação de sua ineficácia no processo. O mesmo poderia ocorrer com as provas simultaneamente ilícitas e ilegítimas.

As provas ilícitas, como entendidas acima, é que necessitariam da previsão constitucional, estabelecendo sua inadmissibilidade no processo, pois, do contrário poderiam ter eficácia, em virtude de nem sempre violarem norma processual. A sua inadmissibilidade no processo significa que devem ser desentranhadas do processo, para que não sirvam de base a uma decisão ou sentença judicial.

Note-se que, se houver uma prova ilegítima acostada nos autos do processo, se resolverá pelo regime jurídico das nulidades. Já, se houver uma prova ilícita nos autos, o magistrado não poderá proceder senão pelo desentranhamento dela e jamais poderá fundamentar a sua decisão com base na prova eivada de ilicitudes.

Aclarando melhor o tema, LUIZ FLÁVIO GOMES, *et al* (2008, p. 281) sintetiza que: “Sendo a prova *ilegítima* aquela que atenta contra a forma, não há grande dificuldade em ser repelida, face aos termos do disposto no art. 564, IV, do CPP, que fulmina de nulidade a omissão de formalidade essencial ao ato.”

Por sua vez, ADA PELLEGRINI GRINOVER (2009, p. 108) afirma que:

No art. 157 do CPP, mudando a redação do seu *caput*, as provas ilícitas são conceituadas como sendo as obtidas em violação a normas constitucionais e 'legais'. Em relação a estas últimas, há de se entender que tratam-se de normas legais de natureza material, porquanto a sanção para o desrespeito às normas processuais é a nulidade, cominada pelo Código, e não o desentranhamento. [grifo da autora]

A autora ensina que, embora a redação do artigo em comento refira-se a provas ilícitas como a violação de normas constitucionais e legais, esta última não abarca as normas procedimentais, que são as provas ilegítimas, cuja conseqüência continuará sendo o desentranhamento.

Exemplificando, os casos de prova ilícita e ilegítima, PAULO RANGEL (2008, p. 431) coloca que:

São provas ilícitas as obtidas com violação ao domicílio (art. 5º, XI, da CRFB) ou ao sigilo das comunicações telefônicas, sem ordem judicial (art. 5º, XII, da CRFB c/c art. 1º da Lei nº 9.296/96); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5º, III, da CRFB).
São provas ilegítimas, [...], as obtidas com violação ao disposto no art. 207 c/c 210 c/c 226 c/c § 2º do art. 243, todos do CPP. [grifo do autor]

Note-se que as provas ilícitas violam regras materiais, ao passo que as ilegítimas violam normas relativas ao processo.

Diferentemente, é o escólio de LUIZ FLÁVIO GOMES (2008, p. 48), para quem:

Dizia-se que a CF, no artigo 5º, LVI, somente seria aplicável às provas ilícitas ou ilícitas e ilegítimas ao mesmo tempo, ou seja, não se aplicaria para as provas (exclusivamente) ilegítimas. Para esta última valeria o sistema da nulidade, enquanto para as primeiras vigoraria o sistema da inadmissibilidade. Ambas as provas (ilícitas ou ilegítimas), em princípio, não valem [...], mas os sistemas seriam distintos.
Essa doutrina já não pode ser acolhida (diante da nova regulamentação legal do assunto). Quando o artigo 157 (do CPP) fala em violação a normas constitucionais ou legais, não distingue se a norma legal é material ou processual.
[...].

Paralelamente às normas constitucionais e legais existem também as normas internacionais (previstas em tratados de direitos humanos). Por exemplo: Convenção Americana sobre Direitos Humanos. No seu artigo 8º ela cuida de uma série (enorme) de garantias. Provas colhidas com violação dessas garantias são provas que colidem com o devido processo legal. Logo, são obtidas de forma ilícita.

Uma das garantias previstas no artigo 8º diz respeito à necessidade de o réu se comunicar livre e reservadamente com seu advogado. Caso essa garantia não seja observada no momento da obtenção da prova (depoimento de uma testemunha, v.g.), não há dúvida que se trata de uma prova ilícita (porque violadora de uma garantia processual prevista na citada Convenção).

Não importa, como se vê, se a norma violada é constitucional ou internacional ou legal, se material ou processual: caso venha a prova a ser obtida em violação a qualquer uma dessas normas, não há como deixar de concluir pela sua ilicitude (que conduz, automaticamente, ao sistema da inadmissibilidade). [grifo do autor]

Para o autor, a nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal inovou ao dispor que seja a violação à regra constitucional, internacional ou legal, seja material ou processual, a prova será ilícita, cuja conseqüência será a inadmissibilidade.

Conceituado o instituto da prova ilegal, faz-se necessário discorrer acerca das teorias que versam sobre a aceitabilidade da prova ilicitamente produzida no processo.

4.2 TEORIAS SOBRE A ACEITABILIDADE DA PROVA ILÍCITA

4.2.1 Teoria Obstativa

Cumpre, conseqüentemente, enfrentar outras questões derivadas do tema central, a principiar pela teoria obstativa, que nos dizeres de CARLOS ALBERTO MOLINARO e MARIÂNGELA GUERREIRO MILHORANZA (2007, p. 283) é:

A 'teoria obstativa' – cuja denominação não é feliz, pois obstar é, fundamentalmente, criar embaraços, via de regra, a pretensões legítimas – considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, em qualquer caso, não levando em conta a eventual relevância do direito controvertido. [grifo do autor]

Consignou-se que os adeptos da teoria obstativa não admitem, em nenhuma hipótese, a possibilidade da utilização da prova ilícita, no processo penal, consistindo em uma vedação absoluta.

A esse respeito, AURY LOPES JÚNIOR (2008, p. 549) discorre sobre a teoria, nos seguintes termos:

Defendem essa posição os que fazem uma leitura literal do art. 5º, LVI, da Constituição, onde está previsto que são 'inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos'.

Tal teoria encontra eco, principalmente, nos casos em que na obtenção da prova (ilícita), são violados direitos constitucionalmente assegurados. Partem, ainda, da premissa de que a vedação constitucional não admitiria exceção ou relativização. É uma corrente que possui vários seguidores e que encontra algum abrigo na jurisprudência (inclusive do STF).

A crítica é exatamente em relação à "absolutização" da vedação, num momento em que a ciência (desde a teoria da relatividade) e o próprio direito constitucional, negam o caráter absoluto de regras e direitos. Para nós, desde Einstein, não há mais espaço para tais teorias que têm a pretensão de serem "absolutas", ainda mais quando é evidente que todo saber é datado e tem prazo de validade e, principalmente, que a Constituição, como qualquer lei, já nasce velha, diante da incrível velocidade do ritmo social. Logo, a inadmissibilidade absoluta tem a absurda pretensão de conter uma razão universal e universalizante, que pode(ria) prescindir da ponderação exigida pela complexidade que envolve cada caso na sua especificidade. [grifo do autor]

O autor discorda daqueles que fazem uma interpretação literal do dispositivo constitucional, sem adequá-la ao caso concreto, inadmitindo em qualquer caso a possibilidade de se utilizar uma prova obtida ilicitamente, vez que não há direitos absolutos, nem mesmo os direitos fundamentais.

4.2.2 Teoria Permissiva

É do escólio de AURY LOPES JÚNIOR (2008, p. 548) que se extrai o entendimento decorrente da teoria permissiva:

Para essa corrente, a prova poderia ser admitida desde que não fosse vedada pelo ordenamento processual. Não interessava a violação do direito material.

Para seus seguidores (minoría hoje) o responsável pela prova ilícita poderia utilizá-la no processo, respondendo em outro processo pela eventual violação da norma de direito material (que poderia constituir um delito ou mesmo um ilícito civil). [...].

A crítica a essa corrente, nasce exatamente dessa paradoxal situação criada: um mesmo objeto, diante da ilicitude com que foi obtido, seria considerado como corpo de delito para ensejar a condenação de alguém e, ao mesmo tempo, seria perfeitamente válido para produzir efeitos no processo penal. Como dito, no Brasil hoje, é uma posição que não encontra mais qualquer abrigo na jurisprudência. [grifo do autor]

O autor opõe-se à teoria permissiva da admissibilidade processual da prova ilícita, dizendo não ser acolhida na jurisprudência brasileira.

Noutros termos, CARLOS ALBERTO MOLINARO e MARIÂNGELA GUERREIRO MILHORANZA (2007, p. 283), explicitando acerca da teoria permissiva, esclarecem que:

(...) os seus cultores admitem que a prova obtida ilicitamente deve sempre ser reconhecida no ordenamento jurídico como válida e eficaz (enquanto meio idôneo, ainda que colhida inidoneamente). Assim, para os “permissivistas”, seja como for, deve prevalecer o “interesse da justiça” para o deslinde da “verdade”, sendo que a ilicitude na obtenção da prova não deve ter o condão de retirar-lhe o indicativo do ato de valoração que possui como elemento útil para formar a convicção do julgador frente ao caso concreto, uma convicção fundada numa “moralidade fraudada”. Todavia, ao menos, os seus cultores vão afirmar que, não obstante a validade e eficácia de aludidas provas, remanescerá o infrator sujeito às sanções previstas pelo ilícito cometido. Ademais, para esta teoria, a prova obtida ilicitamente precisa ser aceita válida e eficazmente no processo por entender que o ilícito se refere ao meio de obtenção e não ao seu conteúdo. [grifo do autor]

Não obstante a prova ter sido produzida ilicitamente, por violar norma de direito constitucional ou legal, os autores ensinam que os adeptos dessa teoria

admitem-na como válida e eficaz, cujo teor deve ser preservado para a formação da decisão judicial. Assim, para os permissivistas, os fins justificam os meios.

4.2.3 Teoria Intermediária

AURY LOPES JÚNIOR (2008, p. 550) acentua que:

Para os seguidores dessa corrente, a prova ilícita, em certos casos, tendo em vista a relevância do interesse público a ser preservado e protegido, poderia ser admitida. Abranda a proibição para admitir a prova ilícita, em casos excepcionais e graves, quando a obtenção e admissão for considerada a única forma possível e razoável para proteger a outros valores fundamentais.

A intenção é evitar aqueles resultados repugnantes e flagrantemente injustos. [...].

O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. [grifo do autor]

Muito embora haja vedação constitucional sobre a admissibilidade da prova produzida ilicitamente, os cultores dessa teoria a admitem em certos casos, em razão do interesse público a ser preservado e protegido.

Nesse exato sentido, podemos nos valer, mais uma vez, das lições de CARLOS ALBERTO MOLINARO e MARIÂNGELA GUERREIRO MILHORANZA (2007, p. 284), *in litteris*:

Como em toda formulação teórica, encontramos aquela que busca uma conciliação de extremos, caso da denominada “teoria intermediária” que acolhe uma metódica débil na produção da prova, isto é, advoga um ‘meio termo’ entre o que obstaculiza a utilização da ilicitude e aquele permissivista teleológico, pois admite o uso do ilícito proporcional (!). Pretendem os cultores (utilitaristas) desta “teoria intermediária” que se sustenta na invocação do princípio da proporcionalidade, “pesar”, ou eufemisticamente, ponderar dois juízos muito distintos: a gravidade da ilicitude, e os interesses jurídicos em jogo no cenário processual. [grifo do autor]

Os autores explicam que a teoria intermediária, como o próprio nome diz, é um meio termo entre a teoria permissivista e a obstativa da prova ilícita. Os seus adeptos admitem-na, dizem os autores, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, relativizando assim, a proibição constitucional.

Sintetizando as teorias acima enfrentadas, ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES *apud* JOSÉ PAULO BALTAZAR JÚNIOR (2008, p. 237) afirma que:

(...) historicamente, a questão da admissibilidade no processo das provas ilícitas foi objeto de dissenso entre três correntes doutrinárias. A primeira, já superada, sustenta a admissibilidade, partindo da máxima de que a prova foi mal colhida, mas bem produzida (*male captum, bene retentum*), punindo-se criminalmente o autor do ilícito (Cordero, Tornaghi, Mendonça Lima). A segunda, parte da unidade do ordenamento jurídico, para concluir pela impossibilidade de o ilícito produzir efeitos em outro campo do direito, negando a admissibilidade (Nuvolone, Frederico Marques, Fragoso, Pestana de Aguiar). Para outros (Cappelletti, Vigoriti, Comoglio), tal prova seria inconstitucional. A terceira admite a prova ilícita, em casos excepcionais, para a preservação de valores constitucionalmente consagrados e mais relevantes que aqueles violados na produção da prova (Baur, Barbosa Moreira, Renato Maciel Hermano Duval, Camargo Aranha, Moniz de Aragão). Seria o caso de relativização da regra de exclusão para crimes especialmente graves, como terrorismo, em uma avaliação dos custos e benefícios da anulação do procedimento por ilicitude diante da gravidade do fato. Finalmente a quarta adotada pelo texto constitucional.

Salienta-se que muito embora o autor relate que a teoria adotada pelo texto constitucional é a da inadmissibilidade das provas ilícitas, tal entendimento não passa de uma interpretação literal, sendo que não há no ordenamento jurídico direitos absolutos que não comportem flexibilização.

Note-se a indagação realizada por ANDRÉ VASCONCELOS ROQUE (2007, p. 321), referente à possibilidade de flexibilização da vedação constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita:

Apesar da proibição constitucional em termos aparentemente peremptórios, no entanto, a questão ainda está longe de receber uma resposta definitiva. Com efeito, uma vez estabelecida a inadmissibilidade no texto da Constituição da República, remanesce a seguinte questão: seria possível admitir a existência de casos excepcionais, a ponto de afastar a vedação das provas ilicitamente obtidas e permitir a sua utilização no processo?

A análise da possibilidade de relativização levantada será discutida seqüencialmente.

Destarte, delineados alguns aspectos referentes aos conceitos de prova ilegal - que tem como espécies a prova ilegítima e prova ilícita -, e as teorias que versam sobre a admissibilidade das provas ilícitas, tais como a obstativa, a permissiva e a intermediária, passar-se-á a análise da relativização da vedação da prova ilicitamente produzida.

5 RELATIVIZAÇÃO DA VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA

PAULO RANGEL (2008, p. 427) preleciona que: “A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que **não admite** a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar.” [grifo do autor]

Explicitou-se que a inadmissibilidade da prova ilícita, no processo penal, existe em decorrência do Estado Democrático de Direito, que não admite a punição do indivíduo sem que o Estado siga e respeite todas as garantias e direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional, razão pela qual, as provas derivadas da ilícita também são inadmissíveis, o que será explorado na seqüência.

5.1 TEORIA DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO

É de salutar importância a lição de ANDRÉ VASCONCELOS ROQUE (2007, p. 320), que afirma o seguinte:

Ainda no campo da inadmissibilidade, uma construção interessante do Supremo Tribunal Federal é a chamada *teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree)*, engendrada a partir de julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos. Segundo essa doutrina, assim como não se pode utilizar qualquer fruto de uma árvore venenosa, também devem ser repudiados todos os efeitos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida, ainda que indiretamente produzidos. Por esta teoria, qualquer outra prova que venha a ser descoberta no futuro pela obtenção de uma prova ilícita deve ser também excluída do processo. [grifo do autor]

O autor, explicitando o tema, coloca que o Supremo Tribunal Federal adotava em sua jurisprudência a teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada, cuja prova ilícita contamina as provas dela derivadas.

No mesmo sentido, DAMÁSIO DE JESUS (2009, p. 161) assevera que:

Para a doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruits of poisonous tree*), desenvolvida no âmbito da Corte Suprema dos Estados Unidos da América (precedente: *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S 385, do ano de 1920), todas as provas obtidas a partir da prova ilícita (árvore) são contaminadas pela ilicitude (frutos envenenados), ainda quando sejam, por si, lícitas. Trata-se de uma metáfora jurídica em que a “árvore envenenada” representa a prova ilícita e os “frutos”, aquelas provas lícitas a partir dela obtidas. Por ex.: um acusado, mediante tortura, revela o nome de testemunhas do crime, as quais confirmam a autoria do delito; o depoimento dessas testemunhas restaria, então, contaminado pela ilicitude da confissão originária. O STF reconheceu a aplicação desta teoria em nosso

ordenamento jurídico (HC 72.588-PB, rel. Min. Maurício Corrêa, 12.6.96).
[grifo do autor]

Note-se que a consequência prática será a inadmissibilidade, também, da prova derivada da ilícita, mesmo que seja produzida dentro da lei.

Veja-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a esse respeito:

Não há justa causa para a ação penal quando a demonstração da autoria ou da materialidade do crime decorrer apenas de prova ilícita. Tendo em conta essa orientação, a Turma deferiu habeas corpus para, nos termos do art. 386, II, do CPP, absolver condenada nas penas do art. 251, caput, do CPM, por haver efetuado saques na conta de pensionista falecida, nos 5 meses posteriores ao óbito. Tratava-se de *writ* impetrado contra acórdão do STM que, embora reconhecendo a ilicitude da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, assentara que a confissão posterior da paciente seria suficiente para manter a condenação, aplicando à espécie o princípio da proporcionalidade. Esclareceu-se, ainda, que a mencionada confissão surgira como efeito da prova ilicitamente obtida, sendo razoável supor que não teria sido feita sem a quebra prévia do sigilo. Dessa forma, concluiu que a palavra da acusada, como meio de prova, também padeceria de ilicitude, agora por derivação. Por conseguinte, seriam imprestáveis as provas que fundamentaram a condenação imposta à paciente. HC 90298/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 8.9.2009. INFORMATIVO Nº 558.

Note-se que o Supremo Tribunal Federal não admite a prova derivada da ilícita, restando por ela contaminada.

Nesse prisma, ADA PELLEGRINI GRINOVER (2009, p. 113) elucida que:

A lei sobre provas traz uma novidade importante, haurida diretamente da jurisprudência norte-americana. Para as provas obtidas por meios ilícitos, a Constituição adota o princípio de sua *inadmissibilidade no processo*, no art. 5º, LVI, um pouco diferente da *exclusionary rule* do sistema norte-americano. Ou seja, as provas colhidas com infração a princípios ou normas constitucionais (ou legais, acrescenta agora o art. 157 do CPP, na redação da Lei 11.690/2008), não podem ingressar no processo: a Constituição não as reconhece como *provas*, são elas juridicamente inexistentes, devendo ser *desentranhadas do processo*, nos termos do mencionado art. 157 do CPP.

Mas o sistema brasileiro não dava tratamento expresso à inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação. E, embora a jurisprudência tendesse a agasalhar a famosa teoria norte-americana dos frutos da árvore venenosa, não distinguia entre as provas ilícitas por derivação. [grifo do autor]

Vale dizer, a teoria dos frutos da árvore envenenada norte-americana foi adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vez que não havia tratamento expresso na legislação brasileira sobre o tema em epígrafe. Contudo, a

jurisprudência brasileira não fazia distinção entre as provas ilícitas por derivação do sistema norte-americano.

Note-se que a autora traz a informação de que a regra constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas é a versão brasileira da *exclusionary rule* norte-americana, ou princípio da exclusão, com suas especificações.

Sobre o princípio da exclusão estadunidense, FLAVIANE DE MAGALHÃES BARROS e RICARDO AUGUSTO DE ARAÚJO TEIXEIRA (2008, p. 109) salientam que:

A “*4th amendment*” traz, basicamente, normas de proteção contra busca e apreensões não razoáveis e cria regras para a emissão de mandados de busca e apreensão.

No intuito de se dar força àquelas regras, a Suprema Corte dos Estados Unidos, a partir do caso *Weeks v. United States* (1914), criou a regra hoje conhecida como “princípio da exclusão” (*exclusionary rule*).

[...].

Os advogados de *Weeks* conseguiram levar o caso à Suprema Corte, sustentando que a atuação das organizações policiais envolvidas violava diretamente o disposto na Quarta Emenda. Num julgamento unânime, a Corte de *White* considerou que os fatos ocorridos eram efetivamente incompatíveis com a regra do *Bill of Rights*, de modo que tais provas deveriam ser excluídas do processo.

Assim, a Suprema Corte criava a *exclusionary rule*, uma garantia contra eventuais violações à regra para busca e apreensão. [grifo do autor]

Os autores relatam que a quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos traz regras sobre mandados de busca e apreensão. A partir de um caso concreto onde se violou tais regras, a Suprema Corte criou o princípio da exclusão, não admitindo as provas colhidas com infringência às normas contidas na quarta emenda.

EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (2009, p. 318) acentua que:

A partir da Lei 11.690/2008, que deu nova redação a diversos dispositivos do CPP, a teoria dos frutos da árvore envenenada passa a integrar a ordem processual penal brasileira de modo expresso. Diz o art. 157, § 1º: *são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderam ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.* [grifo do autor]

Salienta o autor que apenas com a Lei 11.690/2008 as provas derivadas da ilícita passaram a ter disciplina expressa na legislação brasileira.

Com precisão, DAMÁSIO DE JESUS (2009, p. 161) sintetiza que: “No âmbito da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, desenvolveram-se

duas exceções à doutrina da árvore dos frutos envenenados: a fonte independente (*independent source*) e a descoberta inevitável (*inevitable Discovery*)." [grifo do autor]

Como a jurisprudência brasileira abarcava a doutrina dos frutos da árvore envenenada, mas sem importar as suas exceções, a Lei 11.190/2008, alterando as disposições contidas no art. 157 do Código de Processo Penal, disciplinou as teorias que relativizam a vedação da inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, trazendo as teorias da fonte independente e da descoberta inevitável, na nova redação do artigo em comento, que serão analisadas na seqüência.

5.2 TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE

EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (2009, p. 319), comentando acerca da exceção da prova derivada da ilícita, afirma que:

(...) a teoria da *fonte independente* baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita). Fonte de prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada. Nada mais. [grifo do autor]

Dessa forma, fonte de prova independente é a prova que não tem relação de causalidade com a prova ilícita, que lhe é anterior. A contrário *sensu*, a prova será ilícita por derivação se houver nexos de causalidade com a primeira, não sendo ela uma fonte independente.

Nos estudos relativos à teoria da fonte independente, PAULO RANGEL (2008, p. 437) assim se posiciona sobre o tema:

Fonte independente de prova (FIP) é aquela que foi obtida sem qualquer relação, direta ou indireta, com a prova ilícita. Trata-se de um meio de prova que tem vida própria, autônoma, lícita e que não é contaminada e nem contamina qualquer outra fonte de prova, exatamente pela sua licitude.

A lei fala que se não houver um nexos de causalidade entre a prova ilícita e a outra prova obtida não haverá contaminação, ou seja, a relação de causalidade é o liame que deve existir entre uma prova ilícita e outra (lícita) para que possamos falar em contaminação. É a linha que liga a colheita de uma prova à obtenção de outra.

Fonte independente de prova (FIP) é o que até então a jurisprudência chamava de prova absolutamente independente (PAI), ou seja, aquela que não tem conexão nenhuma com a prova ilícita e que, independentemente da ilícita, nós chegaríamos nela pelos atos normais de investigação. Ela é alcançada pela atividade contínua do estado, durante a persecução penal (por isso a lei usa a expressão: seguindo os trâmites típicos e de praxe,

próprios da investigação ou instrução criminal). É a própria investigação criminal, através dos atos que lhe são próprios, que é capaz de nos conduzir ao fato objeto da prova. [grifo do autor]

Se não houver nexo de causalidade entre a prova ilícita e a outra prova obtida, não há que se falar em derivação e nem em ilicitude, vez que independentemente da prova ilícita, também se chegaria nela com os atos normais de investigação.

Veja-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a esse respeito:

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

privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, "embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita" (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domini"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). - O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do "privilegio de prelación", não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes. ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A "Exclusionary Rule" consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. - A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. - Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites - inultrapassáveis - que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros. A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado

probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - **Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.** - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.. HC - 93050/RJ. Relator: Min. CELSO DE MELLO. J:10/6/2008. Órg. Julgador: 2 T. DJe -142. PUBLIC 1-8-2008. [o grifo é nosso]

No mesmo sentido, se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO CLANDESTINA DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS. ART. 10 DA LEI N.º 9.296/96. ARGÜIDA NULIDADE DECORRENTE DE PARTICIPAÇÃO DE JUIZ FEDERAL IMPEDIDO NA FASE INVESTIGATÓRIA PRÉ-PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS COLHIDAS PELA POLÍCIA FEDERAL. DESINFLUÊNCIA DESTAS NA CONVICÇÃO DO JUIZ SENTENCIANTE. DELAÇÕES PREMIADAS EM OUTROS AUTOS HOMOLOGADAS PELO MESMO JUIZ IMPEDIDO. QUESTÃO FORA DA AÇÃO PENAL EM TELA E, PORTANTO, DESTE WRIT.

1. Hipótese em que Juiz Federal, potencial vítima do "grampo telefônico", deferiu diligências investigatórias requeridas pela Força-Tarefa composta por membros do Ministério Público e da Polícia Federal. Posteriormente, depois de ter-se deparado com provas contundentes da existência do crime, quando o próprio autor material do "grampo" confessou o delito,

acolhendo a exceção oposta pelo Ministério Público Federal, deu-se por impedido/suspeito, remetendo os autos da investigação em andamento para o substituto.

2. É mister observar que a atuação do Magistrado impedido, até aquele momento, se restringiu a deferir diligências as quais se mostravam absolutamente pertinentes e necessárias à continuidade do trabalho inquisitivo-investigatório em andamento. Também não se pode olvidar que o foco central das investigações estava em outros episódios que caracterizariam, em tese, exploração de prestígio ou tráfico de influência, e lavagem de dinheiro.

3. As providências investigatórias determinadas pelo Juízo Federal – que não agiu de ofício, mas sim acolheu requerimento da Força-Tarefa – eram mais do que razoáveis e pertinentes naquelas circunstâncias, razão pela qual se evidenciaram proporcionais e adequadas, sem malferimento a direito fundamental do investigado. E, mesmo que o Juízo quisesse proceder de modo tendencioso, pretendendo interferir no resultado da prova a ser colhida, nem assim poderia fazê-lo, simplesmente porque não detinha o domínio das diligências em questão, que, é claro, foram realizadas pelo aparato policial.

4. O juiz, ainda que formalmente impedido para a futura ação penal, não teve interferência direta na produção dos elementos de prova na fase pré-processual, porque sobre estes não teve ingerência, razão pela qual não se pode tê-los como de origem ilícita.

5. Ainda que assim não fosse, as instâncias ordinárias, soberanas na aferição do quadro fático-probatório, consideraram os elementos de prova, ora impugnados, coligidos na fase pré-processual, prescindíveis, na medida que, mesmo os desconsiderando, sobejariam provas de autoria e materialidade do crime, provenientes de fontes independentes, obstando o pretendido reconhecimento de nulidade por derivação.

6. Não se mostra pertinente a discussão em torno de delação premiada oferecida a Réus pelo Ministério Público, e homologada pelo respectivo Juízo, em outros autos. O que interessa para a ação penal em tela são seus efetivos depoimentos prestados, os quais foram cotejados com as demais provas pelo juiz da causa para formar sua convicção, sendo garantido ao ora Paciente o livre exercício do contraditório e da ampla defesa. Eventual nulidade desses acordos efetivados em outras ações penais – cuja discussão refoge aos limites de cognição deste writ – não tem o condão de atingir os depoimentos tomados na presente ação penal.

7. Ordem denegada. HC70.878/PR - Relator(a): Ministra LAURITA VAZ - T5 - Data da Publicação/Fonte: DJe16/06/2008. [o grifo é nosso]

Desta forma, se a fonte de prova não tiver nexo de causalidade com a prova ilícita, não guardará a mácula da ilicitude originária, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Exemplificando, DAMÁSIO DE JESUS (2009, p. 161) diz que:

(...) a obtenção de impressões digitais de um suspeito obtida durante sua prisão ilegal. Imagine-se, todavia, que o Estado possua em seus arquivos a impressão digital do agente. Nesse caso, não se declarará a invalidade da prova, porque possui outra fonte válida, independente da ilícita.

Assim, o banco de dados de impressão digital do Estado seria uma fonte de prova independente da prova ilícitamente produzida, podendo esta ser aproveitada no processo.

Complementando a explicação, LUIZ FLÁVIO GOMES *et al* (2008, p. 286), acrescenta que:

Parece que a intenção do legislador foi de incorporar, ao texto do Código, posicionamento solidificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual se a prova ilícita por derivação não é a única produzida nos autos, a condenação do agente deve ser mantida. Em outras palavras: se a condenação vem fundada em outros elementos de prova, totalmente desvinculados da prova ilícita original, não será esta, tomada isoladamente, que terá o condão de ensejar a absolvição do réu.

Note-se que a jurisprudência já aplicava o entendimento, segundo o qual, se houver nos autos prova lícita derivada da ilícita, sem nexos de causalidade com a prova ilícita, não há que se falar em absolvição do acusado em razão única da ilicitude da prova originária.

5.3 TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL

DAMÁSIO DE JESUS (2009, p. 161) esclarece que:

De acordo com a teoria da descoberta inevitável (*inevitable Discovery*), a prova derivada da ilícita poderá ser utilizada, quando sua descoberta for, pelos meios regulares de investigação, inevitável. Não se exige grau de certeza, mas de probabilidade. No caso concreto que gerou o precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (*Nix v. Williams*, do ano de 1984), policiais obtiveram uma confissão ilegal do suspeito de praticar um homicídio e, com isso, descobriram o local em que estava enterrado o corpo da vítima (uma garota de 10 anos de idade). A Suprema Corte entendeu, ao final, que o corpo seria descoberto inevitavelmente, uma vez que já havia se iniciado uma busca pela localidade, com a participação de várias pessoas. Em função disso, a prova foi considerada válida. [grifo do autor]

Mais uma exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada, a teoria da descoberta inevitável significa que a prova derivada da ilícita poderá ser considerada válida, quando sua descoberta for inevitável.

Veja-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, a esse respeito:

HC. INVESTIGAÇÃO. QUADRILHA. CONTRABANDO DE ARMAS E VENDA A TRAFICANTES. PRETENSÃO DE DESENTRANHAMENTO DE PROVAS. TESE EM TORNO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. INDICAÇÃO DE JULGAMENTO DO SUPREMO. DESSEMELHANÇA COM A PRETENSÃO. NECESSIDADE DE INCURSÃO PROBATÓRIA. SEDE IMPRÓPRIA. **Restando incontroverso nos autos de que as provas, as quais se requer o desentranhamento da investigação, não podem ser tidas por ilícitas em face de derivação de outras, porquanto a sua obtenção se faria de modo normal**, afigura-se inviável promover a profundidade de análise em sede de habeas corpus, quando a incursão probatória lhe é incharacterística. Por outro lado, a pretensão de ver cumprida decisão do Supremo Tribunal Federal em auxílio à tese da prova ilícita, quando não semelhantes os propósitos da decisão ali tomada, não pode ser consentida, além do que, se houvesse descumprimento da ordem concedida, caberia ao interessado se dirigir ao órgão julgador da Corte Suprema para informar o ocorrido. Ordem denegada. HC – 30.648/RJ - Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA. Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 20/04/2004. Data da Publicação/Fonte: DJ 17/05/2004 p. 251. [o grifo é meu]

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que as provas derivadas, não são consideradas ilícitas, se a sua obtenção se faria de modo normal, ou seja, de modo inevitável.

Consoante EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (2009, p. 319):

Na *descoberta inevitável* admite-se a prova ainda que presente eventual relação de causalidade ou dependência entre as provas (a ilícita descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subseqüentes à ilícita. Exemplo: ainda que ilícito o ingresso da autoridade policial em determinada residência, a eventual descoberta de um cadáver no local não impedirá que se inicie investigação acerca de homicídio (se houver elementos nesse sentido), devendo-se adotar os meios de prova que rotineiramente são utilizados na investigação de crimes dessa natureza. [grifo do autor]

Muito embora a prova descoberta tenha nexos de causalidade com a prova ilícita anterior, em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações, evita-se a contaminação, eis que a descoberta seria inevitável.

Importante consignar o esclarecimento de DAMÁSIO DE JESUS (2009, p. 162), no que tange a redação utilizada pelo legislador infraconstitucional, referente aos parágrafos do artigo 157 do Código de Processo Penal. Veja-se:

De acordo com os parágrafos 1º e 2º da disposição, podem-se apontar as seguintes exceções à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação: (i) ausência de relação de causalidade entre a prova considerada e a prova

obtida ilicitamente; (ii) obtenção da prova ilícita por outra fonte independente. Registre-se, contudo, que a redação do § 2º da disposição aproxima-se à doutrina da descoberta inevitável, muito embora o legislador utilize a expressão “fonte independente”. [grifo do autor]

Em que pese o legislador ter disciplinado, no parágrafo primeiro do artigo em comento, a flexibilização da prova ilícita derivada e, no parágrafo segundo, estatuir no que ela consiste, parece a redação mais com a teoria da descoberta inevitável relatada alhures, do que com a da fonte independente.

5.4 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

No aspecto referente à teoria da proporcionalidade, nas provas ilícitas, JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETO (2009, p. 71) elucida que:

A teoria dominante, fulcrada no art. 5º, LVI da CF, entende que toda prova obtida por meios ilícitos deve ser expurgada do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se torna inconstitucional por atacar normas ou princípios constitucionais, e.g. a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade do domicílio, a integridade e a dignidade da pessoa. Todavia, há uma questão que divide a doutrina e a jurisprudência: a teoria da proporcionalidade nas provas ilícitas. Em razão da proporcionalidade, a teoria dominante, referente à inadmissibilidade processual das provas ilícitas, vem sendo atenuada, sob a alegação de que seria para a correção das possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade.

O autor explica que, em razão da regra inserida no art. 5º, LVI da Constituição Federal, entende-se não ser possível a admissão de provas ilícitas no processo, consistente como uma verdadeira garantia aos direitos da personalidade.

Inobstante a proibição constitucional, o autor coloca, ainda, que a teoria da proporcionalidade vem relativizando tal inadmissibilidade, sob o argumento de que assim corrigir-se-íam possíveis distorções.

Nesse diapasão, ANDRÉ VASCONCELOS ROQUE (2007, p. 322) afirma que:

(...) para coibir os excessos que poderiam acontecer em casos extremos, o Tribunal Constitucional Federal alemão veio a admitir exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas, exemplificando com a legítima defesa e com a tutela de interesses superiores: estas exceções constituem o denominado *Verhältnismäßigkeitsprinzip*, ou seja, o princípio de proporcionalidade. De uma forma geral, o Tribunal Constitucional alemão

aplicava este princípio sob o fundamento de que, em casos extremos, os direitos fundamentais da personalidade se contrapunham ao direito à prova e à prestação jurisdicional, que também possuem fundamento constitucional. Por essa razão, a questão deveria ser sempre resolvida pelo sopesamento dos valores em jogo. [grifo do autor]

Comenta-se que a teoria da proporcionalidade foi utilizada pelo Tribunal Federal alemão, a fim de coibirem-se excessos que poderiam ocorrer, caso da aplicação irrestrita da inadmissibilidade das provas ilícitas.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI (2006, p. 352), assim, se posiciona:

(...) tem por finalidade equilibrar os direitos individuais com os interesses da sociedade, não se admitindo, pois, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos. Sustentam os defensores dessa posição que é preciso ponderar os interesses em jogo, quando se viola uma garantia qualquer. Assim, para a descoberta de um seqüestro, libertando-se a vítima do cativo, prendendo-se e processando-se criminosos perigosos, por exemplo, seria admissível a violação do sigilo das comunicações, como a escuta clandestina. Essa teoria vem ganhando muitos adeptos atualmente, sendo originária da Alemanha. Sob o nosso ponto de vista, não é o momento para o sistema processual penal brasileiro, imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade. Necessitamos manter o critério da proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância. [...]. Dessa forma, se uma prova for obtida por mecanismo ilícito, destinando-se a absolver o acusado, é de ser admitida, tendo em vista que o erro judiciário precisa ser, a todo custo, evitado.

Explicou-se que a vedação constitucional da utilização das provas ilícitas não deve ser relativizada pela adoção do princípio da proporcionalidade, podendo ser utilizada tão-somente em favor do réu.

Veja-se a posição do Supremo Tribunal Federal, acerca do princípio da proporcionalidade e a prova ilícita:

I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. **2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação.** III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilícitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na

ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - *nemo tenetur se detegere* -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido. HABEAS CORPUS 80.949/RJ - Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 30/10/2001. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 14-12-2001. PACTE: FRANCISCO AGATHOS TRIVELAS. IMPTES: FERNANDO AUGUSTO FERNANDES E OUTRO. COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. [o grifo é nosso]

Note-se que o Supremo Tribunal Federal não admite a relativização da inadmissibilidade da prova ilícita, com base na aplicação do princípio da proporcionalidade, para a condenação do indivíduo, no caso de o interesse tutelado ser de maior relevo.

Noutros termos, é o entendimento de ALEXANDRE DE MORAES (2003, p. 126). Veja-se:

Saliente-se, porém, que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no *Princípio da Proporcionalidade*, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização. [grifo do autor]

Nos dizeres do autor, admite-se a atenuação da vedação das provas ilícitas quando o direito tutelado for mais importante que o direito à intimidade, privacidade, segredo, entre outros.

Importante consignar o escólio de PAULO RANGEL (2008, p. 438), para quem:

Na Alemanha Federal, desenvolveu-se a **teoria da proporcionalidade**, também chamada de **razoabilidade** na doutrina americana, significando a colocação, em uma balança, dos bens jurídicos que estão contrastando-se e verificar qual tem peso maior.

A liberdade de locomoção tem um peso maior diante do sigilo das comunicações telefônicas e, portanto, é *razoável* que se possa quebrá-lo com o escopo de resguardar a liberdade de locomoção do réu.

A regra do inciso LVI do art. 5º da CRFB não é, assim, nem poderia ser, absoluta. Deve ser interpretada de forma coerente e razoável, mostrando proporção entre os bens jurídicos que se contrastam.

A questão colocada acima recebe solução diferente na doutrina pátria, entendendo tratar-se de verdadeira causa de **exclusão da ilicitude** a conduta do réu que intercepta ligação telefônica para salvaguardar sua liberdade de locomoção. Estaria ele em estado de necessidade.

Nesse sentido, surge em doutrina a **teoria da exclusão da ilicitude**, capitaneada pelo mestre Afrânio Jardim, à qual nos filiamos, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante.

Destarte, a vedação da prova obtida por meio ilícito é de caráter relativo e não absoluto.

Desta forma, é admissível a prova colhida em (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arpejo da lei. [grifo do autor]

Como os direitos fundamentais não são absolutos, o autor menciona que, caso encontrem-se em conflito, devem ser sopesados, a fim de se verificar, no caso concreto, qual deverá prevalecer.

Assim, caso o réu produza uma prova ilícita com o escopo de se defender da acusação, o direito fundamental liberdade seria maior do que aqueles

direitos lesados com a obtenção da prova ilícita. A este sopesamento deu-se o nome, na Alemanha, de teoria da proporcionalidade, sendo que no Brasil, diz o autor referido supra, adotou-se solução diferente entendendo tratar-se de causa de exclusão da ilicitude, o que justifica a conduta do réu.

Note-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a esse respeito:

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO. INVESTIDA CRIMINOSA NÃO CONFIGURADA. ILICITUDE DA PROVA. AFRONTA À PRIVACIDADE (ART. 5º, X, DA CF). INVESTIGAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO CIVIL E CRIMINAL. ART. 33, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LOMAN. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE PARA SUSTENTAR O RECEBIMENTO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA. ART. 6º DA LEI 8.038/90. I - A análise da licitude ou não da gravação de conversa por um dos interlocutores sem a ciência do outro deve ser verificada de caso a caso. **II - Quando a gravação se refere a fato pretérito, consumado e sem exaurimento ou desdobramento, danoso e futuro ou concomitante, tem-se, normalmente e em princípio, a hipótese de violação à privacidade. Todavia, demonstrada a investida criminosa contra o autor da gravação, a atuação deste - em razão, inclusive, do teor daquilo que foi gravado - pode, às vezes, indicar a ocorrência de excludente de ilicitude (a par da questão do princípio da proporcionalidade). A investida, uma vez caracterizada, tornaria, daí, lícita a gravação (precedente do Pretório Excelso, inclusive, do c. Plenário).** Por outro lado, realizada a gravação às escondidas, na residência do acusado, e sendo inviável a verificação suficiente do conteúdo das gravações efetuadas, dada a imprestabilidade do material, sem o exato delineamento da hipotética investida, tal prova não pode ser admitida, porquanto violadora da privacidade de participante do diálogo (art. 5º, inciso X, da CF). III - A atuação do Ministério Público no inquérito civil tem previsão legal (art. 8º, § 1º da Lei nº 7.347/85). Tal não se confunde com a situação do inquérito criminal envolvendo magistrado de segundo grau (art. 33, parágrafo único, da LOMAN). IV - No processo penal, a exordial acusatória deve vir acompanhada de um fundamento probatório mínimo apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito penal por parte do denunciado. Se não houver uma base empírica mínima a respaldar a peça vestibular, de modo a torná-la plausível, inexistirá justa causa a autorizar a *persecutio criminis* in iudicio. Tal acontece, como *in casu*, quando a situação fática não está suficientemente reconstituída. V - Acolhida a primeira preliminar relativa à ilicitude da prova obtida mediante gravação clandestina. Rejeitada a segunda preliminar referente à alegada usurpação da função da polícia judiciária pelo Ministério Público. Denúncia rejeitada por falta de justa causa. Apn: 479/RJ. Relator: Ministro FELIX FISCHER. Órgão Julgador: CE - CORTE ESPECIAL. Data do Julgamento: 29/6/2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 1/10/2007. [o grifo é nosso]

Muito embora a prova tenha sido produzida ilicitamente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que houve causa justificante, tornando lícita a gravação.

Pela semelhança que guarda com o tema, é de se ressaltar o que foi exposto por FLAVIANE DE MAGALHÃES BARROS e RICARDO AUGUSTO DE ARAÚJO TEIXEIRA (2008, p. 111), nos seguintes termos:

A outra advertência diz respeito ao fato de nossa Constituição trazer um número de direitos e garantias tão amplo que é preciso sempre harmonizar suas regras por via da interpretação, ou seja, vale a máxima de que não há garantias absolutas na Constituição.

Por fim, é preciso salientar que, após vinte anos da Constituição da República, o legislador ordinário preferiu inserir tal norma de exclusão, no texto do Código de Processo Penal, em um de seus projetos de reforma parcial, Lei 11.690/2008. Diz, expressamente, que tal prova deve ser desentranhada dos autos e conceitua prova obtida por meio ilícito como aquela que fere uma norma constitucional ou legal.

Assim, em que pese em uma interpretação literal da garantia constitucional da proibição da utilização de provas obtidas por meio ilícito, apontando pela completa impossibilidade de utilização ou exclusão de tais provas do processo, verifica-se na doutrina nacional certa inclinação no sentido de que a regra do inciso LVI da Constituição deve ser relativizada, e que o instrumento apto a tal relativização seria o princípio da proporcionalidade.

Lembram os autores o entendimento, de que não há garantias absolutas na Constituição Federal, vez que a inadmissibilidade das provas ilícitas comportaria flexibilização, diante de outros direitos de maior peso, a ser aferido no caso concreto, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

Por seu turno, CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES (2008, p. 30) acrescenta que: “(...) a relativização foi expressa apenas para a prova ilícita por derivação, não havendo menção expressa à prova produzida diretamente por meio ilícito.”

O autor, comentando as alterações trazidas pela Lei nº 11.690/2008, ao texto do artigo 157 do CPP, afirma que se relativizou de forma expressa a inadmissibilidade das provas ilícitas, tão-somente no que tange às decorrentes da derivação, quais sejam a descoberta inevitável e a fonte independente. Diz o autor, que não houve relativização expressa para as provas diretamente ilícitas, às quais a doutrina e a jurisprudência corrigem-na aplicando o princípio da proporcionalidade.

Tangenciado o tema, acerca das hipóteses de flexibilização da inadmissibilidade da prova ilícita, como a falta de nexo de causalidade, a descoberta inevitável, a fonte independente e a teoria da proporcionalidade, tecer-se-á comentários referentes às propostas do anteprojeto de alteração do Código de Processo Penal.

6 ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

TÍTULO VIII

Da Prova

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 164. São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos.

Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.

6.1 ATUAL REDAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

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

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

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

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

Infere-se, do texto do Anteprojeto do Código de Processo Penal, que o artigo 164 faz referência à inadmissibilidade da prova ilícita direta ou a derivada.

Verifica-se que não há, no Anteprojeto, a redação constante nos parágrafos do atual artigo 157 do Código de Processo Penal, que relativizam as provas, com base nas teorias da fonte independente, descoberta inevitável ou falta de nexo de causalidade.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema proposto refere-se à análise da teoria da relativização da prova ilícita. Verificou-se que os autores divergem quanto à admissibilidade, ou não, da flexibilização da prova obtida ilicitamente, no processo penal.

No que tange ao conceito de prova, observou-se que há autores que entendem ser a reconstrução dos fatos investigados, no processo, enquanto que outros dizem serem os meios aptos a convencer o espírito de quem julga. Outrossim, a prova é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo magistrado e por terceiros, cuja finalidade é a de levar ao juiz a convicção de uma afirmação.

O objeto da prova é o fato relevante para o deslinde da causa e, excepcionalmente, o direito. Entretanto, verificou-se que os fatos notórios, os que contêm uma presunção legal absoluta, os fatos impossíveis e os fatos impertinentes ou irrelevantes, não dependem de prova, eis que se trata de casos que restam cabalmente evidenciados.

Quanto à classificação, a prova pode ser direta, indireta, pessoal, real, testemunhal, documental, material, plena e não-plena. Será direta quando se referir diretamente ao fato probando. Será indireta, quando levar em consideração fatos secundários, mas relacionados com o fato principal. A prova plena é a convincente, que leva ao juízo de certeza. A indiciária induz a um juízo de mera probabilidade.

Quanto aos meios de prova, verificou-se que são os previstos na lei, como o exame de corpo de delito, o interrogatório do réu, a confissão, a busca e apreensão, entre outros, ou, os não previstos na legislação, bastando serem moralmente legítimos.

As fases da prova se dividem, abstratamente, em proposição, admissão, produção e apreciação. Relatou-se que o ônus de provar as alegações levantadas é, em regra, do autor da ação penal, em razão do princípio da presunção da inocência.

Discorreu-se acerca da prova emprestada, que nada mais é do que uma prova documental, trazida de outro processo, entre as mesmas partes e produzida sob o crivo do contraditório.

Quanto aos sistemas de avaliação da prova, observou-se que se dividem em três, sendo eles o sistema da certeza moral do juiz ou da íntima convicção, o sistema da certeza moral do legislador e o da persuasão racional do juiz.

Abarcou-se a principiologia da prova, recorrendo-se acerca dos princípios da comunhão da prova, da licitude, do estado de inocência, do contraditório, do *nemo tenetur se detegere*, da identidade física do juiz e o da liberdade da prova. Verificou-se que este possui restrições, tais como o estado civil das pessoas, que só se prova mediante as regras da lei civil e a vedação da prova obtida por meios ilícitos.

Na discussão acerca da prova ilegal, verificou-se a distinção entre prova ilícita e ilegítima. A prova ilícita é a decorrente da violação de regras de direito material ou constitucional, enquanto que a prova ilegítima, refere-se à violação de normas de direito processual. Contudo, há autores que dizem não haver mais tal distinção, em razão da nova redação do artigo 157, *caput* do Código de Processo Penal, trazida pela Lei nº 11.690/2008, que preceitua que: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Discorreu-se sobre as teorias referentes à aceitabilidade da prova ilícita, sendo elas, a teoria obstativa, a permissiva e a intermediária.

Explicitou-se que a vedação da prova ilícita, contida no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, consiste em um direito fundamental, inspirado na teoria norte-americana do princípio da exclusão.

Como não há em nosso ordenamento jurídico, direito absoluto, nem mesmo os direitos fundamentais o são, verificou-se que há posições na doutrina que admitem a flexibilização da inadmissibilidade da prova produzida ilicitamente. Quanto à teoria da ilicitude por derivação, ou teoria dos frutos da árvore venenosa, relatou-se ser também uma teoria norte-americana, cuja prova ilícita contamina as provas dela derivadas.

Constatou-se que o legislador relativizou expressamente, a inadmissibilidade das provas ilícitas, tão-somente no que se refere às provas derivadas, com a Lei 11.690/2008. Assim, o legislador admite a utilização da prova derivada da ilícita se não houver nexo de causalidade entre elas, ou se ela decorrer de uma fonte independente. Disciplinou-se, no parágrafo segundo do artigo 157 do Código de Processo Penal, em que consiste a fonte independente. Contudo, parece o conceito mais com a teoria estadunidense da descoberta inevitável, do que com a teoria da fonte independente.

No que tange às provas diretamente ilícitas, a doutrina e a jurisprudência utilizam-se da teoria alemã da proporcionalidade, seja para flexibilizar a inadmissão da prova ilícita, ou para admiti-la em favor do réu.

Tangenciou-se acerca das alterações trazidas no anteprojeto do Código de Processo Penal, referente ao tema.

Destarte, conclui-se que a crise de paradigma que vem sofrendo o instituto da prova ilícita, com opiniões antagônicas, onde uns defendem a possibilidade de relativizá-la e outros não admitem, deve ser repensada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, buscando-se alcançar, no caso concreto, a melhor solução possível.

Assim, é sustentável a interpretação de que a vedação da prova ilícita não seja considerada um direito fundamental absoluto, conforme orientação doutrinária e jurisprudencial e que, diante do caso concreto, o magistrado relativize a ilicitude da prova, a fim de fundamentar a sua condenação.

Vale dizer, se a prova for diretamente viciada, aplica-se o princípio da proporcionalidade, tornando-a lícita e, em relação à prova indiretamente ilícita, utiliza-se das teorias da descoberta inevitável, fonte independente, ausência de nexo de causalidade e da proporcionalidade, relativizando-se a ilicitude.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Reformas do Processo Penal*. org. Guilherme de Souza Nucci, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 231-243.

BARROS, Flaviane de Magalhães; TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. *A fundamentação do princípio da exclusão: análise hermenêutica da vedação das provas ilícitas no processo penal*. In: Estudos Jurídicos, v. 13, nº 1, Editora Univale, 2008. p. 107-117.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Senado Federal. *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

_____. Lei nº 11.690 de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2008/Lei/ leis2008.htm. Acesso em: 19/10/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 90.298/RS. Informativo nº 558. Relator Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 8.9.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=prova%20ilicita%20por%20derivação&base=baseInformativo>. Acesso em: 19/10/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 93.050/RJ. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 10/6/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma. DJe-142. Divulg. 31-07-2008. Public. 01-08-2008. Vol - 02326-04. PP - 00700. Pacte: LUIZ FELIPE DA CONCEIÇÃO RODRIGUES. Impte.: GUSTAVO EID BIANCHI PRATES. Coator: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=prova%20ilicita%20por%20derivação&base=baseAcordaos>. Acesso em: 19/10/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 80.949/RJ - Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 30/10/2001. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 14-12-2001. Pacte: FRANCISCO AGATHOS TRIVELAS. Impes: FERNANDO AUGUSTO FERNANDES e OUTRO. Coator: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2080949.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2080949.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2080949.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2080949.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em: 21/10/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 70.878/PR. Relator(a): Ministra LAURITA VAZ. Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento:

22/04/2008. Data da Publicação/Fonte: DJe 16/06/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=prova+e+ilicita+e+deriva%E7%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 20/10/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 30.648/RJ. Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA. Órgão Julgado: T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 20/04/2004. Data da Publicação/Fonte: DJ 17/05/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=prova+e+ilicita+e+deriva%E7%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>. Acesso em: 20/10/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal Originária: 479/RJ. Relator: Ministro FELIX FISCHER. Órgão Julgador: CE - CORTE ESPECIAL. Julgamento: 29/6/2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 1/10/2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=prova+ilicita+e+principio+proporcionalidade&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>. Acesso em: 21/10/2009.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 285-304.

CAMBI, Eduardo. *Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008*. In: Revista de Processo, n° 167, Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. Revista dos Tribunais, 2009. p. 25-51.

CAON, Rafaella Zanatta. *Revisão criminal: uma retrospectiva histórica no direito pátrio*. In: Jurisprudência catarinense, v. 32, n° 113, p. 140-157, 2006/2007.

CARNEIRO, Diogo Ciuffo. *Prova ilícita: uma reflexão*. In: Revista da Emerj, v. 11, n° 43, p. 269-287, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 263-310.

DOTTI, René Ariel. *Manifesto – em defesa das liberdades de convicção e julgamento*. In: Revista de Estudos Criminais, n° 32, 2009. p. 7-11.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional apud* BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Reformas do Processo Penal*. org. Guilherme de Souza Nucci, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 231-243.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Processo Penal: parte geral*. Sinopses Jurídicas. 14. ed., rev. e atual., v. 14. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123-157.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei 11.690/08 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade*. In: Revista de Direito UPIS, v. 6, p. 47-49, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A reforma do Código de Processo Penal brasileiro. Pontos de contato com o direito estrangeiro*. In: Revista de Processo, n° 169. Revista dos Tribunais, 2009. p. 93-115.

_____. *Divulgação de conteúdo de conversa telefônica própria. Limites.* In: *Revista de Processo*, nº 168. Revista dos Tribunais, 2009. p. 291-316.

_____. *Princípios processuais fora do processo.* In: *Revista de Processo*, nº 147. Revista dos Tribunais, 2007. p. 307-330.

JESUS, Damásio de. *Código de Processo Penal Anotado.* 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 145-162.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático.* 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 631.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.* 3. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 489-562.

MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; MOLINARO, Alberto. *A questão da prova ilícita vista pelos Tribunais.* Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. In: *Revista de Processo*, nº 145, Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 276-288.

_____. *Da prova ilícita no Direito Processual.* In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 3-18.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal.* 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 256-266.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 127-131.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *A prova ilícita no CPPM em face das novas alterações da legislação processual penal comum.* In: *Revista Direito Militar*, v. 12, nº 74, p. 28-31, nov./dez., 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.

_____. *Código de Processo Penal Comentado.* 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 358-363.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal.* 11. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 289-334.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis.* 5. ed., rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 604-719.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Prova: teoria e aspectos gerais no processo civil.* In: *Revista Estudos Jurídicos*, nº 39, São Leopoldo, 1984. p. 10.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 419-471.

ROQUE, André Vasconcelos. *O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas*. In: *Revista de Processo*, nº 153. *Revista dos Tribunais*, 2007. p. 311-333.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 320.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Prova em geral – Fontes e meios de prova. Regras sobre o ônus da prova. Regra de experiência. Prova indiciária. A avaliação da prova pelo juiz*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br>. Acessado em: 24.9.2006. *apud* MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; MOLINARO, Alberto. Da prova ilícita no Direito Processual. In: *Revista Forense*, vol. 393, Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 4-17.