

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

LARIESSA BERBERI CEMBERG

**PROVAS ILÍCITAS EM FACE DA REFORMA TÓPICA DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL**

**CURITIBA
2009**

LARIESSA BERBERI CHEMBERG

**PROVAS ILÍCITAS EM FACE DA REFORMA TÓPICA DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL**

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. Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

LARIESSA BERBERI CHEMBERG

PROVAS ILÍCITAS EM FACE DA REFORMA TÓPICA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

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: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2009.

DEDICATÓRIA

Aos meus avôs Miguel Berberi (*in memoriam*) e Osmar Chemberg (*in memoriam*), pessoas fundamentais no meu histórico de estudo, que me incentivaram por toda a vida e que me transformaram no que hoje sou. Ainda, ao futuro, que lutarei para que seja brilhante.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me dá saúde, força, determinação, otimismo e coragem para alcançar os objetivos.

Aos meus maravilhosos pais, Johnny e Regina, pelo imenso carinho e incansável incentivo. Vocês inspiram e nutrem a minha trajetória.

Ao meu namorado, Thiago, pelo amor intenso e sereno que é compartilhado, pela cumplicidade e admiração, pelo apoio e afeto. Obrigada por fazer parte da minha vida.

Às minhas avós, Anete e Maria, por sempre acreditarem em mim.

Ao meu orientador, Doutor Daniel Ribeiro Surdi de Avelar, pela sabedoria e dedicação, bem como pelo apoio à pesquisa e pela disponibilização de dados. Grande referência para a minha formação profissional. Meu carinho e respeito.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	CONSTITUIÇÃO FEDERAL	9
3	OBJETIVOS DA REFORMA PROCESSUAL PENAL	10
4	PROVAS ILÍCITAS	14
5	PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO	22
5.1	INUTILIZAÇÃO DA PROVA INADMISSÍVEL	32
5.2	O VETO AO § 4º DO ARTIGO 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	36
6	TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E PROVA BENÉFICA EM FAVOR DO ACUSADO	41
7	CORRENTE DOUTRINÁRIA PELA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA	49
8	CORRENTE DOUTRINÁRIA PELA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA	54
9	CONCLUSÃO	59
	REFERÊNCIAS	63

RESUMO

O tema deste estudo refere-se às provas ilícitas e as alterações advindas com a Lei nº 11.690/2008. A prova ilícita possui previsão constitucional no sentido de sua inadmissibilidade. Porém, fez-se necessário o surgimento da Lei nº 11.690/2008 a fim de normatizar no plano infraconstitucional as provas ilícitas (aquela obtida com infringência ao direito material, constitucional e legal), com a consequente alteração do artigo 157 do Código de Processo Penal, o que será objeto do estudo. Nesse sentido, referida lei, inclusive, positivou no direito brasileiro a prova derivada da ilícita (aquela prova que nasceu lícita, mas que se tornou ilícita em razão de ter sido obtida de uma prova originariamente ilícita). Com relação a esta última, ela encontra limites, que serão aprofundadas no presente trabalho, quais sejam, as Teorias da fonte independente, da descoberta inevitável e do nexos de causalidade entre uma prova ilícita e outra derivada da ilícita. Ainda, a prova ilícita deve ser desentranhada do processo e, em seguida, inutilizada por decisão judicial, intimando-se as partes para o acompanhamento do incidente, objetivando, assim, a impossibilidade de consulta da aludida prova de modo a influenciar no convencimento do juiz. Dentro desse contexto, doutrinariamente, há as Teorias da proporcionalidade e da prova benéfica em favor do acusado, as quais visam amenizar a vedação das provas obtidas ilicitamente, e devem ser utilizadas com cautela pelo magistrado. Também, serão analisadas as divergências sobre a admissibilidade ou não das provas adquiridas por meios ilícitos, de modo que, em determinados casos, a utilização das provas ilícitas pode se fazer necessária para auxiliar a justiça, contudo, não deve ser banalizada.

Palavras-chave: prova ilícita; prova ilícita por derivação; teoria da proporcionalidade; admissibilidade; teoria da fonte independente; teoria da descoberta inevitável.

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo apresentar uma visão panorâmica acerca da prova ilícita no Direito Brasileiro, essencialmente em razão das alterações advindas com a Lei nº 11.690/2008, disponibilizando a previsão constitucional, os objetivos da reforma, conceitos de prova ilícita, ilegal, ilegítima e derivada da ilícita, jurisprudências demonstrando o entendimento dos Tribunais Superiores à respeito do assunto, a previsão no artigo 157 do Código de Processo Penal, a destinação das provas ilícitas, o veto ao § 4º de referido artigo, a adoção das teorias da proporcionalidade e da prova benéfica em favor do acusado, e, por fim, as críticas doutrinárias pela admissibilidade e pela inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente.

Primeiramente será apresentada a previsão da inadmissibilidade da prova ilícita no processo, prevista no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, colocada em termos absolutos, demandando, portanto, uma previsão infraconstitucional.

Após, serão analisados os objetivos da reforma e o advento da Lei 11.690/2008 que alterou a antiga redação do artigo 157 do Código de Processo Penal.

Na seqüência, será abordada a prova ilícita em espécie, com uma série de conceitos sobre o tema, abordada por vários doutrinadores, a origem jurisprudencial da inadmissibilidade dessa prova (*exclusionary rules*), a evolução do entendimento e a adoção no Brasil, as diferenças entre provas ilícitas, ilegais e ilegítimas, bem como exemplos. Também, será analisada a prova ilícita por derivação (*fruits of the poisonous tree*), o seu histórico em vários países, inclusive no Brasil, as teorias da

fonte independente e da descoberta inevitável e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Ainda, será estudada a inutilização da prova ilícita inadmissível no processo, prevista no artigo 157, § 3º do Código de Processo Penal, bem como o veto presidencial ao § 4º do mesmo artigo e a opinião doutrinária sobre o acerto ou não da referida vedação.

Posteriormente, serão analisadas as teorias da proporcionalidade e da prova benéfica em favor do réu, a utilização pela jurisprudência, bem como o entendimento doutrinário sobre ambas.

Por fim, serão disponibilizados alguns posicionamentos doutrinários acerca da admissibilidade da prova ilícita acostada no processo, divididos em corrente a favor e corrente contra.

2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, dentre os direitos fundamentais, no artigo 5º, inciso LVI, que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo. Nesse sentido:

(...) além de proclamar os direitos fundamentais, a Constituição alçou a norma de igual estatura a garantia de ser sancionada com a invalidade, qualquer prova que, conquanto materialmente lícita, na sua obtenção ou produção, venha a ser contaminada com algum vício que comprometa a sua higidez.¹

Na proibição das provas ilícitas há a emanção do Princípio do Devido Processo Legal, o qual se pode resumir em um direito não somente à produção da prova, mas, inclusive, à produção da prova lícita.²

A questão da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo foi colocada na Carta Magna em termos absolutos, transferindo-se, deste modo, à doutrina e à jurisprudência a missão de compatibilizar os interesses do Estado-Juiz (segurança social) e da própria sociedade (liberdades públicas individuais).³

Desta forma, a nova redação dada ao artigo 157 do Código de Processo Penal, pela Lei 11.690/2008, teve por objetivo disciplinar a matéria referente às provas ilícitas no plano infraconstitucional⁴, tendo em vista que muitas questões não continham a necessária resposta normativa.

¹ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principalmente modificações do júri. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 176.

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 236-237.

³ VIÉGAS, Rommel Cruz. As provas ilícitas por derivação. Disponível em: <<http://www.amma.com.br/conteudo.php?cat=2&id=0000000067>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 18.

3 OBJETIVOS DA REFORMA PROCESSUAL PENAL

A Lei 11.690/2008, oriunda do Projeto de Lei 4.205/2001, que modificou o artigo 157 do Código de Processo Penal no referente às provas ilícitas, foi publicada no Diário Oficial em 10 de junho de 2008, entrou em vigor em 11 de agosto de 2008 e representa parte da chamada “reforma processual penal”.⁵

O sentido da reforma é conferir cidadania aos brasileiros de forma igualitária, no que diz respeito ao tratamento penal, tratando igualmente cada indivíduo, com total respeito aos direitos fundamentais e igual respeito ao Estado de Direito.⁶

As modificações aprovadas são profundas, inspiradas no Código Modelo de Processo Penal Ibero-Americano, o qual baseou as reformas ocorridas na última década em inúmeros países latino-americanos, e tem por objetivo modernizar o processo penal e alcançar a tão almejada celeridade e efetividade.⁷

A celeridade no processo penal é requisito basilar para a efetividade do sistema penal e para a redução do sentimento de impunidade no Brasil.⁸

Com relação à alteração na disciplina das provas ilícitas, esta deverá merecer especial atenção do Juiz de Direito, particularmente no tocante à prova derivada da ilícita, a qual contém um texto legal aberto e genérico, cabendo à doutrina e à jurisprudência o papel balizador.⁹

⁵ Editorial. A esperada reforma processual penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 01.

⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 10-11.

⁷ Editorial. A esperada reforma processual penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 01.

⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 11.

⁹ Editorial. A esperada reforma processual penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 01.

O Código de Processo Penal, em vigor desde 1942, possui inspiração fascista e dificilmente se coaduna com os princípios constitucionais, seja pela ótica do texto constitucional em sentido estrito, seja pelas normas do pacto de São José da Costa Rica que, em seu artigo 8º, prevê um rol exaustivo de normas aplicáveis a persecução penal.¹⁰

Antes do advento da Lei 11.690/2008, a Constituição Federal de 1988, bem como a doutrina e a jurisprudência, eram quem indicavam o que era considerada prova ilícita, sem que existisse uma legislação ordinária que regesse a disciplina.¹¹

Porém, muitas questões sobre a matéria permaneciam sem a necessária resposta normativa.¹²

Daí a necessidade de adequar a lei processual penal com o inciso LVI do artigo 5º do texto constitucional.¹³

Nesse sentido:

(...) o cenário acadêmico, assumindo uma suposta dificuldade de edificação de um completo código sistemicamente integrado, vem trabalhando com projetos pontuais de reforma do código de processo, buscando adequá-lo aos primados contemporâneos de um processo penal distante do denominado modelo inquisitivo de processo, e aproximando daquilo que hodiernamente tem se por sinônimo do estado democrático e de direito: o modelo acusatório.¹⁴

Por isso a importância da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao artigo 157 do Código de Processo Penal, inadmitindo as provas ilícitas, bem como

¹⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal brasileiro**. Disponível em: <<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/fauzi-hassan%20.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹¹ SAAD, Marta. Lei 11.690/2008 e as provas ilícitas por derivação. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 16.

¹² QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 18.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 236.

¹⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal brasileiro**. Disponível em: <<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/fauzi-hassan%20.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

positivando no direito brasileiro a chamada teoria dos frutos da árvore envenenada, seu limite e extensão.¹⁵

A citada Lei tratou, ainda, da consequência jurídica do ingresso das provas ilícitas no processo e estabeleceu, assim, como sanção processual, a sua ineficácia e, por conseguinte, o seu desentranhamento e inutilização.¹⁶

Há quem critique, contudo, o veto presidencial recaído sobre o § 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal, que previa que o magistrado que conhecesse o conteúdo da prova declarada ilícita estaria impedido de proferir a sentença ou o acórdão, vez que este parecia o mecanismo mais eficiente para impedir que o julgador formasse o seu convencimento baseado em uma prova ilícita.¹⁷

Na mesma linha entende Guilherme de Souza Nucci, afirmando que a busca pela celeridade do processo e os custos de implementação do estabelecido no vetado §4º do artigo 157 do Código de Processo Penal preteriram, novamente, o sistema acusatório que deveria nortear o processo penal constitucional.¹⁸

Por fim, ainda falta muito trabalho para que o Código de Processo Penal amolde-se aos princípios constitucionais, notadamente quando se trata do devido processo legal, do sistema acusatório, entre outros.¹⁹

As críticas ao Código de Processo Penal partem de duas óticas distintas:

(...) por um lado, o seu descompasso com a constituição (esta sendo a face mais aguda do problema, mas, ao mesmo tempo, não tão decantada pela doutrina e muito menos pela jurisprudência); por outro lado, o reconhecido

¹⁵ SAAD, Marta. Lei 11.690/2008 e as provas ilícitas por derivação. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 16-17.

¹⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 18.

¹⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 19.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 96.

¹⁹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A reforma do Código de Processo Penal – Provas**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/150166/artigos-a-reforma-do-codigo-de-processo-penal-provas>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

sucateamento técnico do código de processo penal em seus vários aspectos, desde a fase investigativa até o sistema de recursos.²⁰

Espera-se que o Brasil penetre no cenário da modernidade processual, protestando-se por uma maior celeridade, informalidade, imediação e, principalmente, oralidade na sua forma procedimental.

No entanto, deseja-se que a reforma oriunda da Lei 11.690/2008 seja instrumento de garantia de dignidade humana e de respeito à Constituição Federal²¹, levando em consideração que “o respeito à dignidade humana, verdadeira essência de um estado de direito, somente se constrói com a convicção duradoura de que é o único meio de se viver em paz”.²²

²⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal brasileiro**. Disponível em: <<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/fauzi-hassan%20.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

²¹ Editorial. A esperada reforma processual penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 01.

²² CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal brasileiro**. Disponível em: <<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/fauzi-hassan%20.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

4 PROVAS ILÍCITAS

O artigo 157, *caput* do Código de Processo Penal conceituou provas ilícitas, bem como estabeleceu em seus parágrafos exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação e a destinação a ser dada às referidas provas:

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 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.

§ 4º (Vetado.)

Por conseguinte, prova ilícita:

(...) tanto é aquela produzida com violação às normas constitucionais como às normas legais, parecendo mesmo ser esta a posição mais adequada. Até porque, ainda que se entenda que o preceito do inciso LVI do art. 5º da Constituição é direcionado à proteção dos direitos fundamentais, em compasso com a teoria geral dessa categoria de direitos essenciais, ele deve ser entendido como uma garantia mínima, pelo que, embora não possa o legislador infraconstitucional suprimi-lo ou, salvo previsão normativa, diminuir o seu alcance, pode alargar o seu conteúdo.²³

Segundo Luiz Flávio Gomes, prova ilícita é a que viola regra de direito material, constitucional ou legal, no momento de sua obtenção, a qual, de qualquer

²³ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principalmente modificações do júri. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 177-178.

modo, sempre se dá fora do processo sendo, por conseguinte, sempre extraprocessual.²⁴

Nesse contexto, “serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de direito civil, comercial, administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais”.²⁵

A tese da inadmissibilidade das provas ilícitas originou-se de construção jurisprudencial:

Coube a primazia à Suprema Corte americana, no julgamento do caso *Boyd v. US*, em 1886, sustentar que a *exclusionary rules* está implícita como forma de proteger os direitos fundamentais declarados na Constituição. Naquele julgamento, a Suprema Corte adotou a tese de que a prova deve ser considerada inválida quando ocorrer a violação simultânea tanto da Quarta Emenda (garante a segurança das pessoas, domicílios, documentos e bens contra buscas e apreensões arbitrárias) quanto da Quinta (garante o direito do acusado de não produzir prova contra si). Porém, em 1914, no caso *Weeks v. US*, a Suprema Corte defendeu que nos julgamentos perante as cortes federais, a ofensa à Quarta emenda, por si só, era causa de nulidade da prova. Posteriormente, houve o avanço para se reconhecer a invalidade da prova, igualmente, quando se tratasse de julgamento pelas cortes estaduais. Em *Silverthorne Lumber Co v US*, no ano de 1920, a Suprema Corte criou a teoria dos *fruits of the poisoned tree* (dos frutos da árvore envenenada, que consiste na invalidade não apenas da prova obtida por meios ilícitos, mas, igualmente, das que dela sejam derivadas). O apogeu da teoria se deu na década de sessenta, no julgamento *Miranda v. Arizona*, o qual resultou no famoso *Miranda rights* ou *Miranda-warnings* (avisos de *Miranda*), vazado no entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida a declarações dadas por pessoa à polícia, sem que ela seja informada de que: (a) tem o direito de não responder; (b) tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra si; (c) tem o direito à assistência de defensor escolhido ou nomeado.²⁶

Após, a teoria da *exclusionary rules* (inadmissibilidade das provas produzidas por meios ilícitos) se alastrou por vários países, dentre eles Alemanha (*Beweisverbote*: as limitações ou obstáculos à produção das provas são normas

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Lei 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2008071117152660>. Acesso em: 02 jul. 2009.

²⁵ PINHO, Marco Antonio Garcia de. **Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal brasileiro**. Disponível em: <<http://direito.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=1456>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

²⁶ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principalmente modificações do júri**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 171.

processuais impostas com o objetivo de preservar direitos subjetivos fundamentais elencados no ordenamento jurídico)²⁷, Itália (a Corte Constitucional Italiana, no ano de 1973, decidiu a respeito da realização de interceptações telefônicas sem prévia e fundamentada autorização judicial no sentido de proibir a utilização de provas alcançadas com infringência a garantias fundamentais)²⁸ e Portugal (consagrou a proibição na própria Constituição, entendendo que as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações são nulas)²⁹.

No Brasil, vigeu por um longo período o “princípio da veracidade da prova”, onde a prova era analisada de acordo com o convencimento que continha, independentemente da forma como foi obtida, de modo que possível irregularidade era considerada matéria de ilícito administrativo ou penal, a ser apurada em órbita própria.³⁰

No final da década de 1960, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tendeu a considerar que irregularidades perpetradas pela polícia, essencialmente em busca e apreensão realizada em caso de substâncias entorpecentes, contaminavam todo o processo.³¹

Após, nas décadas de 1970 e 1980, anteriormente a proibição das provas ilícitas no texto constitucional, mereceram destaque três decisões do Supremo

²⁷ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principalmente modificações do júri. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 171.

²⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 264.

²⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 264.

³⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 265.

³¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 265.

Tribunal Federal, duas em matéria cível e uma em matéria criminal, que proclamaram a inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos:

A primeira decisão é de 11.11.1977, ocasião em que foi determinado o desentranhamento de fitas gravadas, correspondentes à interceptação de conversa telefônica da mulher, feita pelo marido, para instruir processo de separação judicial (RTJ 84/609). Segue-se a essa, em outro processo cível, a decisão de 28.06.1984, também em caso de captação clandestina de conversa telefônica, igualmente determinando o desentranhamento dos autos da gravação respectiva.

Finalmente, e agora para o processo penal, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 18.12.1986, determinou o trancamento de inquérito policial baseado em interceptações telefônicas feitas por particulares, confessadamente ilícitas (RTJ 122/47).³²

Então, com a Constituição Federal de 1988, foi inserida, dentre os direitos fundamentais, a proibição expressa do ingresso da prova ilícita no processo (artigo 5º, inciso LVI), de modo que inúmeras decisões dos tribunais estaduais, federais e superiores aplicaram a norma constitucional, sem a necessidade de regulamentação legal.³³

Conseqüência de referida construção jurisprudencial, a Lei 11.690/2008 surgiu para dar nova redação ao artigo 157 do Código de Processo Penal, conceituando provas ilícitas e sua inadmissibilidade, consagrando a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada e suas limitações, bem como o que se entende por fonte independente e, por fim, determinando a adequada destinação que deve ser conferida a tais provas.

Faz-se necessário ressaltar que a prova ilícita não se confunde com prova ilegal ou com prova ilegítima:

³² SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principalmente modificações do júri. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 175.

³³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 265.

(...) as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.³⁴

Nesse sentido:

(...) a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida.³⁵

Ainda, há outras distinções entre provas ilícitas e ilegítimas, passíveis de serem anotadas:

Outra diferença entre elas decorre do momento em que se configura a ilegalidade: nas ilícitas, ela ocorre quando da sua obtenção; nas ilegítimas, na fase de produção. Também é diversa a consequência dos respectivos vícios: as ilícitas são inadmissíveis no processo (não podem ingressar e, se isso ocorrer, devem ser desentranhadas); as ilegítimas são nulas e, por isso, a sua produção pode ser renovada, atendendo-se então às regras processuais pertinentes.³⁶

Conforme explica César Dario Mariano da Silva:

As normas de direito processual já contemplam dispositivos para excluir do processo as provas que afrontem as regras criadas para regulamentar a sua obtenção e produção. A sanção para o seu descumprimento já se encontra descrita na própria norma processual, que poderá ser, pelo menos em regra, a declaração ou decretação da nulidade da prova. Assim, a transgressão da norma proibitiva ocorrerá no momento da produção probatória no processo.

Por outro lado, as provas ilícitas infringem normas ou princípios de direito material, sobretudo de direito constitucional, ensejando infração de direito penal, civil ou administrativo. Consubstanciam-se em afronta às liberdades públicas protegidas pela Constituição Federal, como quando a prova é

³⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 99.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. III, p. 223.

³⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 266.

colhida mediante o emprego de tortura, com indevida violação do domicílio, do sigilo das conversações telefônicas, da correspondência, da intimidade etc. Havendo violação dessas normas ou princípios, o direito material estabelece sanções específicas, inclusive de índole penal. Nesse caso, a transgressão ocorre no momento da colheita da prova, antes ou concomitante ao processo, mas externamente a este. A sanção processual para a prova ilícita será sua inadmissibilidade, ou seja, não poderá ser juntada aos autos.³⁷

É possível citar alguns exemplos de prova obtida ilicitamente:

(...) a confissão produzida mediante tortura; o ingresso no domicílio da pessoa à noite ou sem mandado judicial, não sendo o caso de flagrante, desastre ou prestação de socorro; a violação de correspondência; a gravação de conversa telefônica sem autorização legal e ignorada por ambos os interlocutores; a quebra de sigilo bancário sem ordem judicial; a utilização de mecanismos como microfones e microcâmeras para, de forma clandestina, captar sons e imagens; a colheita compulsória de sangue para fins de perícia em um crime sexual ou para apuração de um delito de trânsito etc.³⁸

Há momentos em que a prova será, ao mesmo tempo, ilegítima e ilícita. É o caso da violação de sigilo profissional, onde a prova é obtida ilicitamente, vez que atenta contra direito material, e ilegalmente, vez que atenta contra direito processual (proibida sua produção com base no artigo 207 do Código de Processo Penal).³⁹

Conforme alude Rômulo de Andrade Moreira:

Quando o art. 157 (do CPP) fala em violação a normas constitucionais ou legais, não distingue se a norma legal é material ou processual. Qualquer violação ao devido processo legal, em síntese, conduz à ilicitude da prova (cf. Mendes, Gilmar Ferreira et alii, Curso de Direito constitucional, São Paulo: Saraiva: 2007, p. 604-605, que sublinham: "A obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas fundamentais de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal"). 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 art. 8.º ela cuida de

³⁷ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. Disponível em:

<http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/provas_ilicitas.doc>. Acesso em: 29 abr. 2009.

³⁸ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 281-282.

³⁹ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 282.

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 art. 8.º 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).⁴⁰

Conclui-se, assim, que:

(...) não é a violação a qualquer norma ou princípio constitucional que importará ilicitude da prova, mas apenas naqueles casos em que houver desrespeito a normas ou princípios de direito material relacionados com a proteção das liberdades públicas.

Do mesmo modo, não será a violação a qualquer norma legal que ocasionará a ilicitude da prova. A violação na obtenção da prova deverá caracterizar lesão a direito material e configurar infração de direito penal, civil ou administrativo. Com efeito, a violação a norma de natureza processual não levará à ilicitude da prova, mas à sua nulidade.

Entender que a violação a qualquer norma legal resultaria em sua inadmissibilidade processual levaria à inexistência de nulidade, já que toda e qualquer violação a norma legal caracterizaria ilicitude probatória. Deixaria, portanto, de existir nulidade processual e haveria apenas ilicitude, o que não nos parece razoável e muito menos de ser essa a intenção da lei. (...)

Assim sendo, a prova considerada ilícita também será processualmente ilegítima e não poderá ser empregada no processo. No entanto, a recíproca não é verdadeira. A prova processualmente ilegítima nem sempre será considerada ilícita, exceto quando a nulidade também caracterizar violação a norma de direito constitucional, relacionada à proteção das liberdades públicas, bem como violação a norma legal, que implique infração a direito material.⁴¹

Acerca da prova ilegítima, há o entendimento do STJ:

HABEAS CORPUS. NULIDADE. RECLAMAÇÃO AJUIZADA NO TRIBUNAL IMPETRADO. JULGAMENTO IMPROCEDENTE. RECURSO INTERPOSTO EM RAZÃO DO RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO

⁴⁰ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A reforma do Código de Processo Penal** – Provas. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/150166/artigos-a-reforma-do-codigo-de-processo-penal-provas>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

⁴¹ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/provas_ilicitas.doc>. Acesso em: 29 abr. 2009.

DADA PELA LEI 11.690/2008. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO.

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos.

2. Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo*, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do *habeas corpus*, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade.

3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma.

4. Ordem concedida para, confirmando a medida liminar, anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212 do CPP.⁴²

Conforme a jurisprudência acima, em decorrência da inversão na ordem da formulação de perguntas na audiência de instrução e julgamento, em confronto, portanto, com o artigo 212 do Código de Processo Penal, houve um erro no trâmite processual, o que culminou com a anulação de referido ato, com a conseqüente realização de uma nova audiência.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. *Habeas Corpus* 121.216-DF. Relator Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça** 01.06.2009.

5 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

A denominada prova ilícita por derivação nasceu no direito brasileiro tendo por base uma antiga doutrina americana conhecida como *fruits of the poisonous tree* (*fruit doctrine*), ou seja, frutos da árvore envenenada.⁴³

Referida teoria pode ser entendida como uma regra por ocasião da qual uma prova derivada de busca e apreensão, prisão ou interrogatório ilegais não pode ser admitida, vez que a prova (fruta) foi contaminada pela ilegalidade (árvore envenenada).⁴⁴

A prova ilícita por derivação é uma prova que por si mesma é lícita, mas que foi alcançada por meio de uma informação recebida de prova ilicitamente obtida.⁴⁵

Trata-se da prova lícita em si mesma, mas cuja produção decorreu ou derivou de outra prova, tida por ilícita, de modo que a prova originária, ilícita, contamina a prova derivada, tornando-a, igualmente, ilícita.⁴⁶

Contudo, deve ser verificado se, quando se constata que houve infringência a uma regra do ordenamento no momento da obtenção de uma prova, é preciso excluir somente a prova assim alcançada, ou se também precisam ser afastadas as ocasionais outras provas cuja descoberta somente foi possível a partir daquela

⁴³ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 284.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 239.

⁴⁵ SAAD, Marta. Lei 11.690/2008 e as provas ilícitas por derivação. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 16.

⁴⁶ PINHO, Marco Antonio Garcia de. **Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal brasileiro**. Disponível em: <<http://direito.memmes.com.br/jportal/portal.jsf?post=1456>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

inicialmente contaminada.⁴⁷ Como exemplo é possível citar a confissão extorquida mediante tortura ou sevícias, por meio da qual o acusado indica onde se localiza o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido ou a interceptação telefônica clandestina, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, licitamente colhidas, induzam à apuração dos fatos.⁴⁸

Tal questionamento foi colocado pelo sistema americano, onde a Suprema Corte, no julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States*, no ano de 1920, enfrentou o tema e considerou as provas derivadas também ilícitas, formulando, assim, a teoria dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual a ilicitude da prova original é transmitida às subsequentes.⁴⁹

Porém, o termo *fruits of the poisonous tree* apenas foi utilizado expressamente no caso *Nardone v. United States*, no ano de 1939, e somente no caso *Wong Sun v. United States* há alusão a uma prova verbal, pois até então as *exclusionary rules* (regras de exclusão) baseavam-se exclusivamente em materiais físicos e tangíveis.⁵⁰

Os Estados Unidos da América concluíram que apenas “a vedação às provas ilícitas não seria suficiente para conter a má-conduta policial, visto que se poderia através de uma prova ilícita, obter uma formalmente lícita”.⁵¹

A doutrina e a jurisprudência alemãs igualmente têm apresentado considerações contra o denominado efeito à distância (*Fernwirkung*) em relação à prova proibida:

⁴⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 266.

⁴⁸ VIÉGAS, Rommel Cruz. As provas ilícitas por derivação. Disponível em: <<http://www.amma.com.br/conteudo.php?cat=2&id=0000000067>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

⁴⁹ SAAD, Marta. Lei 11.690/2008 e as provas ilícitas por derivação. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 16.

⁵⁰ VIÉGAS, Rommel Cruz. As provas ilícitas por derivação. Disponível em: <<http://www.amma.com.br/conteudo.php?cat=2&id=0000000067>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

⁵¹ VIÉGAS, Rommel Cruz. As provas ilícitas por derivação. Disponível em: <<http://www.amma.com.br/conteudo.php?cat=2&id=0000000067>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

(...) entende o BGH, por exemplo, que, se o acusado é confrontado com o resultado de uma gravação ilícita, as declarações daí resultantes não podem ser valoradas como prova; mas se, nas mesmas condições, menciona fatos novos, estes já não constituem prova ilícita. Em sentido contrário, segundo informa Gössel, o tribunal tem reconhecido um efeito à distância em casos de interceptação telefônica quando, através de uma operação autorizada para apuração de um dos crimes catalogados, descobre-se uma prova de um outro crime, não relacionado entre os que admitem a interceptação.⁵²

A doutrina majoritária alemã defende que a utilização das provas ilícitas por derivação poderia servir de expediente para fraudar a vedação probatória, sendo, deste modo, contra a utilização das provas ilicitamente derivadas.⁵³

No Brasil, a posição predominante é contrária à admissibilidade das provas derivadas das ilicitamente obtidas.

(...) o Supremo Tribunal Federal, após intensos debates, inicialmente, firmou o entendimento de que a cláusula da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito (*exclusionary rules*), nos termos como redigida pelo constituinte, não alcança as provas derivadas, posteriormente, modificou essa orientação, de modo a entender que o vício da prova ilícita contamina, igualmente, por derivação, as demais provas, acolhendo, assim, a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisoned tree*) em sua dimensão ampla, mas, finalmente, mediante interpretação restritiva, construiu a tese de que não se aplica essa teoria quando as derivadas não decorrem exclusivamente da prova originária eivada de ilicitude. Assim, o Supremo Tribunal Federal saiu da posição de inadmissibilidade da teoria dos frutos da árvore envenenada para a de admissibilidade irrestrita e, por fim, para uma mais ponderada, em que admite (admissibilidade restrita), porém em sua forma mitigada.⁵⁴

O Supremo Tribunal Federal rejeita a prova ilícita por derivação. Nesse sentido, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do HC 69.912-0/RS, DJ de 25.03.1994:

⁵² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 266-267.

⁵³ VIÉGAS, Rommel Cruz. As provas ilícitas por derivação. Disponível em: <<http://www.amma.com.br/conteudo.php?cat=2&id=0000000067>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

⁵⁴ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principalmente modificações do júri. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 183-184.

“Vedar que se possa trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilícitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas”.⁵⁵

A Constituição Federal não prevê que a prova derivada de outra ilícita é, também, contaminada pela ilicitude, porém, chega-se a tal conclusão a partir de uma interpretação sistemática da carta maior. Atualmente, com o advento da Lei 11.690/2008, há a previsão expressa da ilicitude dessa prova.⁵⁶

Cabe ressaltar, ainda, que a Suprema Corte Americana impôs limites à vedação absoluta da utilização dos elementos derivados da prova ilícita, de modo que as provas não são contaminadas e podem ser acolhidas e valoradas em Juízo: fonte independente (*independent source*), que ocorre quando a conexão entre uma prova e outra é tênue, não constituindo causa e efeito; e descoberta inevitável (*inevitable discovery*), que ocorre quando as provas derivadas da ilícita poderiam ser descobertas de outro modo.⁵⁷

A teoria da fonte independente é aquela através da qual os fatos levados ao conhecimento do Tribunal, se tiverem possibilidade de serem provados por meio de uma outra fonte independente daquela contaminada, apresentam perfeitas condições de serem utilizados por não estarem diretamente vinculados a árvore envenenada.⁵⁸

⁵⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267.

⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 285-286.

⁵⁷ SAAD, Marta. Lei 11.690/2008 e as provas ilícitas por derivação. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 16.

⁵⁸ COSTA, Carlos Fernando da Cunha. **O princípio da proporcionalidade e a validade das provas ilícitas colhidas no inquérito policial**. Disponível em:

A teoria da descoberta inevitável é a avaliação que se realiza da prova decorrente de uma violação constitucional se a mesma hipoteticamente viria a ser descoberta por outros meios jurídicos disponíveis.⁵⁹

Ao analisar a jurisprudência, constata-se que o Supremo Tribunal Federal adota a regra de exclusão da ilicitude da prova derivada, em observância à teoria da quebra do nexo de causalidade entre a prova originária ilícita e a derivada lícita, à teoria da fonte independente e, em certa medida, à teoria do descobrimento inevitável.⁶⁰

Sobre a teoria da descoberta inevitável, a mesma teve origem no caso *Nix v. Williams*, decidido pela Suprema Corte Norte-Americana, no ano de 1984, e admite o uso de prova obtida inconstitucionalmente, se, hipoteticamente, a polícia “descobrisse inevitavelmente” uma prova mesmo que a busca ilegal não tivesse acontecido.⁶¹

No citado caso *Nix v. Williams*:

(...) o acusado do homicídio de uma menina de dez anos acabou por se dispor a revelar a localização do corpo enquanto era conduzido, preso, em um automóvel, por policiais, sem que estivesse sendo ouvido formalmente, ou seja, acompanhado de advogado e advertido de seus direitos. A esse tempo, como havia indícios do local onde estaria o corpo, mais de duzentos voluntários estavam já empenhados na busca em local próximo, daí ter o Tribunal concluído que a prova seria produzida, inevitavelmente, independentemente do auxílio do réu.⁶²

<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4368/O_Principio_da_Proporcionalidade_e_a_Validade_das_Provas_Ilicitas_colhidas_no_Inquerito_Policial>. Acesso em: 02 jul. 2009.

⁵⁹ COSTA, Carlos Fernando da Cunha. **O princípio da proporcionalidade e a validade das provas ilícitas colhidas no inquérito policial**. Disponível em:

<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4368/O_Principio_da_Proporcionalidade_e_a_Validade_das_Provas_Ilicitas_colhidas_no_Inquerito_Policial>. Acesso em: 02 jul. 2009.

⁶⁰ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principalmente modificações do júri**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 184.

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 239-240.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 240.

Seguindo a mesma linha, a Lei 11.690/2008 disciplinou as duas exceções à regra da inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas acima descritas, ressaltando no § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal a necessidade de se estabelecer um nexo de causalidade entre a prova ilícita e a que dela deriva.

Assim, por exemplo, se por conta de uma tortura ao agente (prova ilícita), é localizada droga em sua casa (prova ilícita por derivação). Ou, se da invasão de uma casa sem qualquer espécie de ordem judicial, não se tratando de flagrante (prova ilícita), se encontram objetos oriundos de prática criminosa (prova ilícita por derivação). Há, nessas hipóteses, evidente nexo (liame), entre a primeira ação ilícita e seu desdobramento que, por consequência, é também ilícito.⁶³

Referida teoria apresenta certa semelhança com a da fonte independente, contudo elas não se confundem, vez que o nexo causal entre a primeira prova e a segunda é atenuado não porque esta possui independência daquela, mas em razão de o espaço temporal transcorrido entre uma e outra, as circunstâncias intervenientes na cadeia pertinente ao conjunto probatório, a menor importância da ilegalidade ou a vontade do agente em contribuir com a persecução criminal abrandarem, sobremaneira, o procedimento ilícito inicial.⁶⁴

Conforme entendimento de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, a previsão normativa de referida exceção era desnecessária, vez que o conceito de prova derivada supõe, por si mesmo, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda, sendo, portanto, intuitivo que não existindo um liame comprovado, não se trata de prova derivada.⁶⁵

⁶³ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 286.

⁶⁴ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principalmente modificações do júri. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 186.

⁶⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 268.

A outra exceção prevista nos §§ 1º e 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal narra a hipótese da segunda prova ter sido obtida por uma “fonte independente da primeira”.

Nesse caso, a prova tem plena validade e não poderá ser taxada de ilícita. (...) suponha-se que o agente tenha sido torturado, mas que não haja qualquer relação entre a droga encontrada em sua casa e a prática da tortura. Ou seja, não foi a tortura a causa determinante para o encontro da droga. Não. Ela foi localizada por meio de ação policial, legalmente realizada, inclusive munida de mandado de busca e apreensão (embora desnecessário à espécie). Esta segunda prova lícita (encontro da droga), não tem qualquer relação com a primeira causa ilícita (tortura). Ela, portanto, pode ser considerada uma “fonte independente” da primeira prova e terá plena validade, não podendo ser taxada de ilícita. (...) O que não há, no exemplo, é o vínculo a unir a sevícia ao encontro da droga.⁶⁶

Há posicionamento na doutrina de que o conceito normativo de fonte independente como estabelecido no § 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal é inconstitucional, pois subverte a ideia original fixada pela jurisprudência americana (sendo provável que o legislador tenha se confundido entre as exceções da fonte independente e da descoberta inevitável) e, também, põe em risco a finalidade da vedação constitucional, que é coibir atentados aos direitos individuais elencados na Carta Magna. Ou seja, apresenta possibilidade para que toda e qualquer prova derivada de outra ilícita venha a ser convalidada.⁶⁷

Conforme salienta Walter Nunes da Silva Junior, a definição de fonte independente trazida no § 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal não se associa propriamente ao conceito dado a esta teoria pela doutrina e pela jurisprudência, mas, sim, à teoria da descoberta inevitável, que “ocorre quando, sem

⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 286.

⁶⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 269.

embargo do procedimento ilegal empregado para o descobrimento do fato, é possível obter-se a prova de forma lícita”.⁶⁸

Ainda, complementa:

Conquanto parecida com a tese da *independent source*, daquela se distingue devido à circunstância de não prescindir de produção probatória independente, senão de que o descobrimento inevitável seja hipoteticamente fatível. No caso do *inevitable discovery*, “... as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira”, ou, em outras palavras, “... a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas.” Aqui parece evidente que a tese admite a validade da prova derivada quando ela, suprimida a prova anterior e ilícita, seja possível exsurgir lícitamente, o que pressupõe, por conseguinte, a existência concreta dessa prova derivada, não apenas a possibilidade de ela ter sido obtida.⁶⁹

Pode-se concluir que:

Consideram-se contaminadas pelo vício da ilicitude derivada as provas alcançadas a partir do conhecimento de fatos apurados por meio de prova ilícita, evidenciado o nexos de causalidade entre a prova ilícita e a subsequente. Nestes casos, a ilicitude originária se transmite a outros dados probatórios, que nas primeiras se apóiam, delas derivam ou nelas encontram fundamento causal. (...) não comprovado o nexos de causalidade, a prova subsequente é válida. E, ainda que evidenciado nexos de causalidade entre ambas, a prova derivada é quando puder ser obtida por meio de fonte independente.⁷⁰

Há, por fim, dois casos práticos que mostram como o Supremo Tribunal Federal se posiciona a respeito das provas ilícitas por derivação, após o advento da Constituição Federal de 1988:

EMENTA: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241).

⁶⁸ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principalmente modificações do júri. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 192.

⁶⁹ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principalmente modificações do júri. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 192-193.

⁷⁰ SAAD, Marta. Lei 11.690/2008 e as provas ilícitas por derivação. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 17.

FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI).

- A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal.

- A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica.

- Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI). CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DE CIRURGIÃO-DENTISTA. ESPAÇO PRIVADO SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CP, ART. 150, § 4º, III). NECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA EFEITO DE INGRESSO DOS AGENTES PÚBLICOS. JURISPRUDÊNCIA. DOUTRINA.

- Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Carta Política, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas.

- Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI). A imprescindibilidade da exibição de mandado judicial revelar-se-á providência inafastável, sempre que houver necessidade, durante o período diurno, de proceder-se, no interior do consultório odontológico, a qualquer tipo de perícia ou à apreensão de quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público, sob pena de absoluta ineficácia jurídica da diligência probatória que vier a ser executada em tal local.⁷¹

EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Recurso Extraordinário 251.445-GO. Relator Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça** 03.08.2000.

(TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO.

1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas.

2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos.

3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente.

4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo.

5. Habeas-corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5.⁷²

A primeira jurisprudência diz respeito a um crime de furto de material fotográfico ocorrido em um escritório profissional, de modo que as fotos foram utilizadas pelo Ministério Público contra o acusado, em total dissonância com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a doutrina da proibição das provas ilícitas por derivação (*fruits of the poisoned tree*).

Do mesmo modo, a segunda jurisprudência trata do tema interceptação telefônica, antes da edição da Lei 9296/1996, de forma que o Tribunal entendeu que a ausência de preceito que regulamentasse o disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, vedava a interceptação de conversas telefônicas, por conseguinte, as provas diretamente daí advindas eram consideradas ilícitas.

⁷²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* 72.588-PB. Relator Ministro Maurício Corrêa. **Diário de Justiça** 04.08.2000.

5.1 INUTILIZAÇÃO DA PROVA INADMISSÍVEL

Tendo em vista a necessidade de abordar a destinação das provas ilícitas acostadas ao processo e visando a dar efetividade ao mandamento constitucional que proíbe o emprego processual da prova ilícita, a Lei 11.690/2008 apresentou nova redação ao § 3º do artigo 157 do Código de Processo Penal, dispondo que caso seja juntada aos autos uma prova ilícita, esta deve ser desentranhada do processo e, após, inutilizada por decisão judicial, intimando-se as partes para o acompanhamento do incidente.

Ou seja:

(...) para a efetiva aplicação do referido dispositivo, teria que ser proferida a decisão interlocutória, considerando a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito e, após a sua preclusão, o juiz deveria, por meio de outra decisão, determinar a sua inutilização, sendo facultado às partes acompanhar o incidente.⁷³

Nesse sentido, entende-se que quando uma prova ilícita é identificada, porque viola princípio constitucional, ela não possuirá qualquer eficácia, deverá ser retirada do processo, e, por fim, deverá ser destruída.⁷⁴

Cabe salientar que, embora a lei não o diga expressamente, mesmo que tenha sido indeferida a juntada aos autos da prova declarada inadmissível, o magistrado deverá determinar a sua destruição.⁷⁵

⁷³ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principalmente modificações do júri**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 215.

⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 288.

⁷⁵ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/provas_ilicitas.doc>. Acesso em: 29 abr. 2009.

Ao tratar da inutilização da prova declarada inadmissível, o texto da Lei 11.690/2008 abduziu-se do previsto no Projeto de Lei 4.205/2001: “Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório”.⁷⁶

O objetivo do desentranhamento da prova do processo é sepultar, de vez, qualquer possibilidade de consulta a referida prova, pois a partir do momento em que é reconhecida como ilícita por decisão judicial transitada em julgado, não há qualquer motivo lógico para sua manutenção nos autos, de modo a evitar, inclusive, que a parte interessada queira invocá-la e que, conseqüentemente, os Tribunais Superiores eventualmente se impressionem com o seu teor.⁷⁷

Também, há outras finalidades para a regra da exclusão da prova ilícita, como, por exemplo, evitar buscas e apreensões desarrazoadas, impedir que os Tribunais tornem-se cúmplices de uma deliberada infringência à Constituição Federal, ainda mais quando provém de quem jurou sua defesa (por exemplo: parlamentares), permitir que a sociedade tenha a certeza de que a Justiça não obtém vantagem de uma atividade ilícita, entre outras. Mas a principal finalidade é evitar influências indesejáveis sobre o convencimento do julgador. É possível que o magistrado, no momento da sentença, não considere as provas ilícitas acostadas aos autos, entretanto qual é a garantia que o cidadão (e, sobretudo, o possível prejudicado por elas) tem de que o contrário não possa ocorrer?⁷⁸

Deste modo, Luiz Flávio Gomes conclui:

⁷⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 270.

⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 288.

⁷⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Prova ilícita**: direito à exclusão dos autos do processo (“exclusionary rule”). Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008122122480p>. Acesso em: 07 jul. 2009.

Tudo isso explica porque a prova considerada ilícita tem que ser desentranhada (excluída) dos autos do processo. Não há dúvida que ela pode influenciar o processo decisório (decisão íntima do juiz) e não figurar (uma linha sequer) no processo justificativo. O juiz pode se convencer da culpabilidade do imputado em razão das provas ilícitas e não fazer nenhuma menção a elas depois no momento da justificação.

A decisão se toma *ex ante*; a justificação é um processo *ex post*. Como o juiz deve apresentar motivos razoáveis (que passarão pelo controle dos tribunais), parece certo que nunca fará qualquer referência a tais provas (viciadas). Embora elas possam ter tido influência incontestável (insuperável) no processo decisório.

A prova ilícita, por conseguinte, nunca pode permanecer nos autos do processo porque, apesar da sua manifesta influência na convicção do magistrado, nunca o Tribunal poderá fazer qualquer controle sobre sua valoração (na medida em que ela não aparece explicitada na justificação).

O Tribunal não reúne capacidade para fiscalizar o que se passa no foro íntimo do juiz. Não existe possibilidade de controle da sua liberdade interior. O Tribunal só examina o que o juiz explicitou. Logo, convém que ele fique distanciado (física e materialmente) das provas ilícitas. Com ela não pode ter nenhum contato. Do contrário, há risco de contaminação assim como de uma segunda grave violação dos direitos fundamentais.⁷⁹

Todavia, apesar da prova ter sido obtida ilicitamente, o material dela resultante pode pertencer a terceiros, que possivelmente tenham interesse em sua restituição, hipótese em que, efetivamente, não seria o caso de destruir ou inutilizar a prova, mas, sim, de desentranhá-la do processo e entregá-la ao terceiro que é o titular.⁸⁰

Conforme o entendimento de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, a solução apresentada pelo Projeto de Lei 4.205/2001 era a mais correta:

É que a sanção prevista na Constituição para a prova reconhecida ilícita é a inadmissibilidade processual. Isso significa que a prova viciada não pode ter ingresso nos autos do processo – se isso ocorrer, deve ser desentranhada. Mas o mais importante é que, de qualquer modo, não pode ser valorada pelo juiz na decisão (a *inutilizzabilità* do direito italiano).

A impossibilidade de utilização da prova pelo juiz, no processo (*rectius*, em determinado processo), não implica, assim, a necessidade de destruição física da prova ou, mais precisamente, do documento que a contém.

Aliás, é perfeitamente viável que a prova declarada ilícita num determinado processo possa vir a ser utilizada validamente em outro.⁸¹

⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Prova ilícita**: direito à exclusão dos autos do processo (“exclusionary rule”). Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008122122480p>. Acesso em: 07 jul. 2009.

⁸⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 19.

⁸¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 270.

Nesse sentido, dependendo do meio empregado para a obtenção da prova ilícita, esta será considerada objeto material de um crime, hipótese em que somente poderá ser destruída após a elaboração de um laudo pericial e no momento em que não mais interessar ao processo que apura o delito decorrente de sua obtenção. Ainda, aludida prova, com base no princípio da proporcionalidade, também poderá ser utilizada para comprovar a inocência do acusado e, também, provar a autoria ou materialidade de um crime. Logo, o magistrado deverá ser muito cuidadoso ao determinar a destruição de uma prova ilícita considerada inadmissível para o processo.⁸²

Outro questionamento relevante é que no ordenamento jurídico vigente não existe previsão de recurso para a decisão que reconhecer ou não a ilicitude da prova e determinar o desentranhamento.⁸³

Conforme Guilherme de Souza Nucci, caso não seja reconhecida a ilicitude da prova, com as suas conseqüências práticas, cabe ao acusado impetrar um *Habeas Corpus* para conseguir o desentranhamento. Caso o juiz mantenha a prova no processo e profira sentença com fundamento nela, as partes poderão impugnar referida decisão utilizando-se do recurso de apelação, tendo em vista a violação ao artigo 5º LVI da Constituição Federal.⁸⁴

Segundo Maria Elizabeth Queijo, para a defesa é cabível o *Habeas Corpus* tendo em vista os efeitos produzidos pela prova ilícita na persecução penal em

⁸² SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. Disponível em:

<http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/provas_ilicitas.doc>. Acesso em: 29 abr. 2009.

⁸³ QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 19.

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 94.

relação ao direito de liberdade, e para a acusação é cabível a utilização do Mandado de Segurança, com fulcro no direito à prova, no prazo de 120 (cento e vinte) dias.⁸⁵

Há, ainda, outra observação necessária, que diz respeito à parte final do § 3º do artigo 157 do Código de Processo Penal, quanto à faculdade das partes acompanharem o incidente de inutilização da prova ilícita. Na Lei 9.296/1996, no artigo 9º, § único há a previsão de que o incidente que irá inutilizar as conversas telefônicas que não interessarem à prova será assistido pelo membro do Ministério Público, de modo que é facultada a presença do acusado ou de seu representante legal. Contudo, há entendimento doutrinário de que referida previsão é inconstitucional, sendo obrigatória a presença do acusado e de seu advogado, a fim de garantir a autodefesa e a defesa técnica, asseguradas constitucionalmente. Desta forma, conclui-se que é imprescindível a presença do representante do Ministério Público, do acusado e de seu defensor, para acompanharem o incidente de inutilização da prova ilícita, em razão da importância do ato e de seus prováveis efeitos.⁸⁶

5.2 O VETO AO § 4º DO ARTIGO 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O § 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal foi vetado pelo Presidente da República, e dizia: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão”.

⁸⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 19.

⁸⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 271.

A justificativa do veto do Chefe do Poder Executivo foi a seguinte:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.⁸⁷

Assim sendo, uma das razões do veto é a valorização da celeridade processual em detrimento da qualidade da prestação jurisdicional e do respeito aos direitos fundamentais.⁸⁸

Ainda, alegou-se que o tempo exigido para que um julgador substituído tomasse conhecimento de toda a instrução processual seria danoso à celeridade desejada.⁸⁹

Ou seja, a substituição de um magistrado que teve ciência do teor de uma prova ilícita seria diferir “sem justificativa” a marcha processual.⁹⁰

Há quem concorde e quem discorde do veto presidencial.

Primeiramente, a redação da lei apresentou um equívoco, tendo em vista que o magistrado não profere acórdão, mas, sim, voto.⁹¹

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 240-241.

⁸⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 19.

⁸⁹ SILVA, Ticiano Alves e. **O vetado § 4º do art. 157 da nova Lei nº 11.690/2008 e a descontaminação do julgado**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11382>>. Acesso em: 31 out. 2009.

⁹⁰ GALVÃO, Bruno Haddad. **Lei 11.690/08 e irrazoabilidade do veto presidencial ao § 4º do art. 157**. Disponível em: <http://www.sosconcurseiros.com.br/direito-processual-penal/assuntos-quentes/lei-1169008-e-irrazoabilidade-do-veto-presidencial-ao-%C2%A74%C2%B0-do-art-157_45-216_1/>. Acesso em: 31 out. 2009.

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 240.

Ainda, a regra do juiz contaminado apresentaria enormes dificuldades práticas para a organização judiciária, pois caso fosse aprovada, seria o caso de perguntar quem julgaria o feito nas hipóteses em que a prova considerada ilícita fosse largamente divulgada nos meios de comunicação ou enviada, por cópia, aos membros de uma Turma ou Tribunal.⁹²

Por outro lado, há quem considere a exceção proposta pelo § 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal louvável, criticando o veto.

O veto foi claro equívoco tendo em vista que o magistrado que conhece da prova ilícita está evidentemente contaminado por seu conteúdo. A celeridade processual não pode excluir a imparcialidade do julgador, princípio tão caro ao ordenamento jurídico brasileiro. Como o magistrado poderá esquecer o conteúdo da prova ilícita ao proferir sentença? O problema agora é das partes e não mais do juiz. O interessado que se utilize de ações autônomas de impugnação ou do apelo para tentar corrigir eventual contaminação do magistrado na prolação da sentença. Como poderá a parte demonstrar que o magistrado, mesmo que indiretamente, utilizou-se do conteúdo da prova ilícita anteriormente desentranhada?⁹³

Nesse sentido, um julgador que obteve conhecimento de uma prova ilícita, não poderá proferir sentença ou voto, vez que seguramente julgará segundo os termos da prova declarada inadmissível, pois estará totalmente contaminado por seu conteúdo, de forma que “a sentença não será um trabalho de lucubração, mas sim de transcrição, ainda que às ocultas, do ilícito”, tornando o magistrado um sujeito parcial, e não, como era, um *terzietá* (terceiro estranho às partes).⁹⁴

Deste modo, ao admitir que o magistrado que manteve contato com a prova ilícita profira sentença ou voto, os avanços obtidos com a Lei 11.690/2008 ficam

⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 240.

⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 95-96.

⁹⁴ GALVÃO, Bruno Haddad. **Lei 11.690/08 e irrazoabilidade do veto presidencial ao § 4º do art. 157**. Disponível em: <http://www.sosconcurseiros.com.br/direito-processual-penal/assuntos-quentes/lei-1169008-e-irrazoabilidade-do-veto-presidencial-ao-%C2%A74%C2%B0-do-art-157_45-216_1/>. Acesso em: 31 out. 2009.

minimizados, vez que o disposto no § 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal foi o mecanismo adequado descoberto para impedir que o juiz forme seu convencimento baseado em uma prova ilicitamente obtida. Com o veto presidencial, o desentranhamento das provas ilícitas e das delas derivadas terão insuficiente valor para a formação do convencimento do magistrado, que já se encontra afetado pelo contato com aludidas provas, ainda que na fundamentação da decisão não conste expressamente a exteriorização de referido convencimento.⁹⁵

Perdeu-se, assim, a oportunidade de inserir no sistema norma de mais alto valor, que, com certeza, espalharia seus efeitos para além do processo penal, visto tratar de tema comum ao processo como um todo. Afinal, onde há as mesmas razões de fato, deve haver, também e necessariamente, quando inexistente lei específica, as mesmas razões de direito, sendo de rigor aplicar-se analogicamente o novo dispositivo também ao processo civil e ao processo administrativo.

Mais uma vez, valores caros à ordem constitucional- julgamentos imparciais e justos- são sacrificados pelo utilitarismo e por imposição de circunstâncias não jurídicas. Toda a atividade do legislador atualmente é guiada pela celeridade que se deve imprimir à prestação jurisdicional e à atividade judiciária, o que é bem-vindo desde que não tenha como preço – alto, que se diga- a desconsideração de princípios estruturantes e garantísticos do sistema normativo de um Estado que é Constitucional. Torna-se ainda pertinente, nesse sentido, o que já se disse em outra oportunidade. À época que proferidas, as seguintes palavras foram direcionadas contra os julgadores da *jurisprudência defensiva*, mas encontram felizes destinatários naqueles que alçam a celeridade à categoria suprema de objetivo maior a ser alcançado pelo Estado.

É sabido por todos que o Poder Judiciário encontra-se assoberbado, tendo que apreciar uma quantidade de demandas muito acima do que sua estrutura pode suportar. Não bastasse, os recursos financeiros disponíveis não são suficientes para satisfazer as necessidades da Justiça. Ocorre que tal situação, em essência política, não pode dar ensejo à denegação da justiça, sob pena de desvincular o sistema de seu fim maior: a pacificação social com a realização do direito material *in concreto*.

Em face disso, continua se sustentando a posição de que, quando o julgado estiver contaminado, ou seja, quando o juiz que conheceu da prova declarada ilícita tiver que prolatar sentença, a saída para um julgamento mais imparcial e justo será a declaração de ofício pelo magistrado de sua suspeição por motivo íntimo, seja no processo penal, seja no processo civil, ou ainda administrativo.⁹⁶

⁹⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 19.

⁹⁶ SILVA, Ticiano Alves e. **O vetado § 4º do art. 157 da nova Lei nº 11.690/2008 e a descontaminação do julgado**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11382>>. Acesso em: 31 out. 2009.

Assim sendo, “a lei não conseguiu conciliar a celeridade processual com garantias constitucionais do acusado como, por exemplo, ser julgado por um juiz imparcial”, de modo que o Presidente da República meramente aniquilou o princípio da imparcialidade do juiz, o colocando em segundo plano.⁹⁷

O veto ao § 4º do artigo 157 advindo com a Lei 11.690/2008 foi inadequado, por tudo que de relevante adicionaria à disciplina da prova ilícita e à justiça nas decisões, que se almejam imparciais.⁹⁸

⁹⁷ GALVÃO, Bruno Haddad. **Lei 11.690/08 e irrazoabilidade do veto presidencial ao § 4º do art. 157.** Disponível em: <http://www.sosconcurseiros.com.br/direito-processual-penal/assuntos-quentes/lei-1169008-e-irrazoabilidade-do-veto-presidencial-ao-%C2%A74%C2%B0-do-art-157_45-216_1/>. Acesso em: 31 out. 2009.

⁹⁸ SILVA, Ticiano Alves e. **O vetado § 4º do art. 157 da nova Lei nº 11.690/2008 e a descontaminação do julgado.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11382>>. Acesso em: 31 out. 2009.

6 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E PROVA BENÉFICA EM FAVOR DO ACUSADO

A doutrina abrandou a vedação das provas obtidas por meios ilícitos com a intenção de corrigir defeitos a que a rigidez da supressão poderia levar em ocorrências de excepcional gravidade. Referido abrandamento, baseado no Princípio da Proporcionalidade, prevê suposições em que as provas ilícitas, quando se tratar de casos excepcionais e extremamente graves, poderão ser aproveitadas, vez que não há liberdade absoluta, bem como há a possibilidade, inclusive, de em casos delicados, quando se nota que o direito protegido é mais importante do que o direito à intimidade, à liberdade de comunicação ou ao segredo, de autorizar o seu emprego.⁹⁹

O princípio da proporcionalidade prevê “a possibilidade do sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro de igual ou superior valia, notadamente quando está em jogo interesse público relevante”.¹⁰⁰

Ou seja, existindo conflito entre valores constitucionais, serão eles sopesados para verificar qual deverá prevalecer no caso concreto, após a análise de três subpostulados:

(...) o da necessidade ou exigibilidade, o da adequação e o da proporcionalidade em sentido estrito. O meio a ser empregado será necessário quando não houver outro menos lesivo a direitos fundamentais. Será adequado quando com seu auxílio é possível a obtenção do resultado almejado. Por fim, com a ponderação dos valores em confronto e havendo adequação e exigibilidade dos meios a serem empregados, será possível o

⁹⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 100.

¹⁰⁰ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/provas_ilicitas.doc>. Acesso em: 29 abr. 2009.

sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro de igual ou superior valia.¹⁰¹

Nessa linha:

A Suprema Corte americana também agasalhou a cláusula de exceção à regra da *exclusionary rule* identificada como *balancing test*, que corresponde à versão adaptada do *princípio da proporcionalidade*, originado do sistema jurídico alemão. Para flexibilizar a rigidez da *exclusionary rule*, tem-se aceitado que o juiz, em cada caso concreto, faça a ponderação de valores assegurados pela Constituição, tendo em consideração a *intensidade e quantidade da violação ao direito fundamental* e o dano que poderá advir caso a prova não seja admitida.

(...)

A proibição da valoração da prova adquirida de forma ilícita, sob a batuta do princípio da proporcionalidade, deve ser o resultado de apreciação judicial que tem de levar em consideração (1) o interesse em concreto da persecução criminal, (2) a gravidade da lesão à norma, (3) o bem jurídico tutelado pela norma constitucional violada e (4) a carência de tutela do interesse lesado.¹⁰²

A jurisprudência nacional se utiliza do Princípio da Proporcionalidade *pro reo*, considerando que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de antijuridicidade, em favor do princípio da presunção da inocência.¹⁰³

Nesse sentido, o Tribunal Supremo Espanhol admite a utilização de uma prova obtida ilicitamente em favor do acusado, porque se o próprio princípio da presunção de inocência alude que, na dúvida, o magistrado deve absolver, não faria sentido que ele não desse a necessária atenção a uma prova que, apesar de ilícita, confirma a não culpabilidade do réu.¹⁰⁴

O bem jurídico de maior relevância é a vida, seguido da liberdade, sendo este último protegido pela Carta Magna através dos princípios do devido processo legal,

¹⁰¹ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. Disponível em:

<http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/provas_ilicitas.doc>. Acesso em: 29 abr. 2009.

¹⁰² SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principalmente modificações do júri. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 200-201.

¹⁰³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 101.

¹⁰⁴ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principalmente modificações do júri. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 197.

do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da legalidade, entre outros, restando claro e evidente que tais princípios se sobrepõem à norma constitucional que veda a utilização de prova ilícita, caso esta seja aproveitada em favor do acusado.¹⁰⁵

Conforme entendimento de Walter Nunes da Silva Junior:

O que não se admite é que o juiz condene alguém tendo como base uma prova produzida ilicitamente. Contudo, quando serve para inculpar, ou seja, para absolver o acusado, nada impede que o juiz, em seu pronunciamento, dela faça uso. Se esse não for o entendimento, pode-se argumentar, de qualquer modo, que, ficando comprovada, com a prova produzida de forma ilícita, a inocência do acusado, seria o caso de o juiz, pelo menos, absolvê-lo alegando a insuficiência de provas para a condenação (art. 386, VII, do CPP). O que não pode é um juiz condenar o acusado, sabendo que ele é inocente.¹⁰⁶

Assim sendo, quando a prova ilícita acostada nos autos for a única apta a defender os direitos do réu, será admitida a embasar um decreto absolutório.¹⁰⁷

Este posicionamento é adotado pela doutrina com base no entendimento de que nenhuma ilegalidade pode sobrepor ao *jus libertatis* do sujeito.¹⁰⁸

Isso porque “não seria justo deixar alguém ser condenado por uma infração penal quando é possível demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente”.¹⁰⁹

Como exemplo:

¹⁰⁵ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. Disponível em:

<http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/provas_ilicitas.doc>. Acesso em: 29 abr. 2009.

¹⁰⁶ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principalmente modificações do júri. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 199.

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 94.

¹⁰⁸ CARVALHO, Thiago Amorim dos Reis. **Comentários aos artigos 155, 156 e 157 do CPP**. Disponível em:

<http://www.r2learning.com.br/site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_1480_Comentarios_aos_artigos_155_156_e_157_do_CPP>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹⁰⁹ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. Disponível em:

<http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/provas_ilicitas.doc>. Acesso em: 29 abr. 2009.

C, inocente, está sendo injustamente acusado pela prática de um homicídio. Em dado momento, sem qualquer autorização judicial, ele intercepta uma conversa telefônica entre A e B, na qual o primeiro confessa a prática do crime. Dois valores constitucionais se encontram em rota de colisão. O primeiro tem por titulares A e B, que, ignorando a gravação, tiveram seu sigilo de comunicação violado pela ação de C. Este, de seu lado, tem o inequívoco direito à liberdade, fortemente ameaçado no eventual sucesso da injusta acusação que experimenta. Os princípios da razoabilidade (do direito norte-americano) ou da proporcionalidade (inspirado na doutrina alemã) recomendam que se deva sopesar, entre os dois direitos, qual é o mais robusto e consistente, apto a prevalecer sobre o outro, mais fraco e inconsistente. E, no exemplo citado, não resta dúvida que ostenta as primeiras características o direito de A que, destarte, embora réu, poderá invocá-lo a seu favor, mesmo que se admita a ilicitude da prova que produziu.¹¹⁰

Há, ainda, outro exemplo a ser citado:

Imaginemos a seguinte situação: em determinado processo, o réu está sendo acusado de estupro, crime previsto pelo artigo 213 do Código Penal Brasileiro. A vítima, contudo, envia carta a um parente afirmando que, na verdade, o réu é inocente, sem nunca lhe ter tocado, mas sente-se constrangida em dizer a verdade em juízo, já que um dia, por um motivo qualquer, afirmara o contrário. O réu, por sua vez, termina por tomar conhecimento da existência dessa carta e, sabendo que a demora para expedição de um mandado de busca e apreensão para obtê-la poderia ocasionar a perda dessa prova, penetra na casa do parente, sem se utilizar de qualquer violência, e subtrai-lhe a correspondência.

Neste ato, o réu desrespeita dois direitos constitucionais fundamentais do parente, postos nos incisos X e XI do artigo 5º da CR/88, ou seja, o direito à intimidade e à inviolabilidade de domicílio, o que, em tese, acarretaria o reconhecimento de ilicitude da prova de sua própria inocência. Por outro lado, temos que o inciso LV do mesmo artigo da Constituição garante aos acusados o direito de ampla defesa, situação na qual se enquadra a conduta do réu ao buscar prova de sua inocência, com o escopo de garantir sua defesa. Desta forma, temos, de um lado, o direito à intimidade e à inviolabilidade de domicílio e, de outro, temos o direito à ampla defesa. Podemos dizer, desta forma, que nesse contexto, temos opostos dois conjuntos de bens juridicamente protegidos: o direito à intimidade e inviolabilidade de domicílio do parente em oposição ao direito do réu de provar sua inocência (ampla defesa) com o intuito de não perder seu direito, também constitucional, à liberdade. Cabe-nos indagar, desta forma, qual desses conjuntos estaria revestido de maior importância? A resposta, imaginamos, não seria difícil, pois que o direito à liberdade não poderia ser suprimido simplesmente pelo direito à inviolabilidade do domicílio e à intimidade, nas condições em que se encontram no exemplo dado.

Se pensarmos dessa forma, na verdade, estamos admitindo como lícitos os meios utilizados pelo acusado para obter provas de sua inocência, pois que agiu amparado por preceitos legais constitucionais. Inclusive, com a predominância do Princípio da Verdade Material no Direito Penal, não se

¹¹⁰GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 282-283.

pode admitir como ilícito o meio de obtenção de prova acima exemplificado.¹¹¹

O Supremo Tribunal Federal adota uma posição mais avançada, pois a prova ilícita não somente pode ser utilizada para a defesa do réu na fase do inquérito policial ou do processo judicial, como, inclusive, para, ocasionalmente, incriminar outro sujeito, desde que obtida para servir de defesa.¹¹²

Há, contudo, doutrina minoritária que considera que o emprego de provas obtidas por meios ilícitos, pode se dar tanto em favor quanto em desfavor do réu, vez que nenhuma norma constitucional tem caráter absoluto.¹¹³

O que se pode seguramente afirmar é que, embora a vedação constitucional às provas ilícitas esteja a serviço da proteção de direitos fundamentais do cidadão contra arbítrios do Estado, casos há em que essa vedação, tomada de forma absoluta, levará a situações conflitantes, protegendo-se um direito fundamental de alguém que ameaça solapar os fundamentos basilares da sociedade constituída.

Ainda que não se possa estabelecer uma graduação entre os direitos fundamentais, é possível e até necessário que sejam relativizados para atender à necessidade de convivência desses direitos dentro do sistema jurídico, possibilitando a defesa da sociedade em situações extremas, sempre tendo na idéia de proporcionalidade o vetor a orientar a flexibilização.¹¹⁴

Entretanto, é entendimento majoritário da doutrina que em razão da proibição da utilização de prova ilícita ser uma garantia do particular contra o Estado, a prova

¹¹¹ DINIZ, Fernanda Barbosa. **Validade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal: análise sob a ótica da hermenêutica constitucional.** Disponível em: <<http://www.pontojuridico.com/modules.php?name=News&file=article&sid=29&mode=thread&order=0&thold=0>>. Acesso em: 07 jul. 2009.

¹¹² SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principalmente modificações do júri.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 200.

¹¹³ PINHO, Marco Antonio Garcia de. **Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal brasileiro.** Disponível em: <<http://direito.memmes.com.br/jportal/portal.jsf?post=1456>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹¹⁴ PINHO, Marco Antonio Garcia de. **Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal brasileiro.** Disponível em: <<http://direito.memmes.com.br/jportal/portal.jsf?post=1456>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

adquirida por meio ilícito só não poderá ser utilizada pelo Estado em desfavor do acusado.¹¹⁵

Ainda, há o entendimento de que os sujeitos que, ao praticarem atos ilícitos, não observarem as liberdades públicas de terceiros e da sociedade como um todo, em desrespeito à dignidade humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de certas provas a fim de afastar suas responsabilidades civil e criminal diante do Estado.¹¹⁶

Exemplificando, poderíamos apontar a possibilidade de utilização de uma gravação realizada pela vítima, sem o conhecimento de um dos interlocutores, que comprovasse a prática de um crime de extorsão, pois o próprio agente do ato criminoso, primeiramente, invadiu a esfera de liberdades públicas da vítima, ao ameaçá-la e coagi-la. Essa, por sua vez, em *legítima defesa de suas liberdades públicas*, obteve uma prova necessária para responsabilizar o agente. Poderíamos, também, apontar a hipótese de utilização de uma gravação de vídeo realizada pelo filho, de forma clandestina e sem conhecimento de seu pai, agressor, para comprovação de maus-tratos e sevícias. Não se poderia argumentar que houve desrespeito à inviolabilidade, à intimidade e à imagem do pai-agressor, pois sua conduta inicial desrespeitou a incolumidade física e a dignidade de seu filho, que, em *legítima defesa*, acabou por produzir referida prova. Ainda, poderíamos apontar a possibilidade de utilização de uma “carta confidencial” remetida pelo sequestrador aos familiares do sequestrado. Certamente essa carta poderia ser utilizada em juízo, sem que se falasse em desrespeito ao sigilo das correspondências, pois o sequestrador foi quem, primeiramente, desrespeitou os direitos fundamentais do seqüestrado e de seus familiares que, em *legítima defesa*, produziram tal prova.¹¹⁷

Ou seja, ocorrerá a ilicitude da prova, vez que quem a colheu agiu em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, os quais estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas anteriormente ilícitas, não incidindo, portanto, o inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal.¹¹⁸

¹¹⁵SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. Disponível em:

http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/provas_ilicitas.doc. Acesso em: 29 abr. 2009.

¹¹⁶MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 104.

¹¹⁷MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 104-105.

¹¹⁸MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 105.

Contudo, a reforma advinda com a Lei 11.690/2008 nada dispôs sobre a aplicação da Teoria da Proporcionalidade. Porém, a doutrina aceita e se utiliza da Teoria, a qual possui relevância na preservação da dignidade humana, vez que um dos princípios constitucionais que deve estar presente no processo penal é o da ampla defesa.¹¹⁹

O Supremo Tribunal Federal admitiu que cabe ao magistrado, ainda que de maneira remota, utilizar o princípio da proporcionalidade, e, assim, validar a prova que, de início, em razão da ilicitude na sua obtenção, não possui validade, desde que a não observância “da regra formal que alberga o direito fundamental tenha sido cometida *em caso extremo de necessidade inadiável e incontornável*, situação que deve ser considerada tendo em conta o caso concreto”.¹²⁰

Deste modo:

Os doutrinadores que se opõe à aplicação do princípio da proporcionalidade são aqueles que ainda não se refizeram do autoritarismo da ditadura militar, violador dos direitos fundamentais do cidadão, e temerosos por abusos e excessos que venham a ser cometidos pelos órgãos oficiais, advogam contra a aplicação do citado princípio, a covardia é tamanha que passadas duas décadas em que já vivemos sob a égide da Constituição Democrática de 1988, ainda temem facultar aos magistrados o poder de apreciar a prova no caso em concreto, ferindo assim, o princípio de verdade real, pois entre permitir a condenação de um inocente, ou a absolvição de um réu, que indubitavelmente sabem ser responsável pela prática do ilícito, eles se mantêm inflexivelmente fiéis a adoração da segurança que acreditam advinda do cumprimento da norma constitucional, mesmo admitindo que ela não é absoluta, tornando assim lícito a diversos criminosos esconderem-se atrás de direitos e garantias individuais.

(...)

Acreditamos que aqueles que assim pensam, estão em descompasso com a realidade, precisamos efetuar uma análise crítica da justiça penal, pois o direito penal deve apresentar-se de forma limitada e minimalista sim, focado sob uma interpretação garantista, porém, nos dias atuais vivemos uma tendência dualista, podemos observar alguma descriminalização, mas em contrapartida existe uma tendência a uma *neocriminalização*, em decorrência de um aumento desenfreado da violência em nossos centros urbanos, dos avanços tecnológicos da globalização e das mudanças das

¹¹⁹NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 94.

¹²⁰SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principalmente modificações do júri. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 203.

bases de vida do homem, vivemos em uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, sob ameaças de terrorismo nuclear, ataques contínuos ao meio ambiente, a manipulação genética e a volubilidade econômica, as quais podem, em conseqüência, nos levar até a extinção da vida na terra.¹²¹

Conclui-se que a regra é a inadmissibilidade das provas ilícitas, as quais poderão excepcionalmente ser utilizadas em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade da pessoa humana na obtenção de provas, bem como na persecução penal do Estado.¹²²

Todavia, a teoria da proporcionalidade deve ser vista com reservas, vez que é ampla a margem de subjetividade do juiz na apreciação dos valores conflitantes, de modo que a existência de um critério objetivo incentivaria a prática da ilegalidade, quando se conhecesse antecipadamente a possibilidade da utilização da prova.¹²³

Assim sendo, a análise da licitude ou não do meio utilizado para a obtenção da prova, “sob a ótica dos direitos fundamentais, deverá ocorrer através da valoração dos bens juridicamente protegidos, devendo o magistrado optar pela “melhor interpretação possível” frente ao caso concreto”.¹²⁴

¹²¹ COSTA, Carlos Fernando da Cunha. **O princípio da proporcionalidade e a validade das provas ilícitas colhidas no inquérito policial**. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4368/O_Principio_da_Proporcionalidade_e_a_Validad_e_das_Provas_Illicitas_colhidas_no_Inquerito_Policial>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹²² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 101.

¹²³ MULLER, Desirée Brandão. **Prova ilícita: a possibilidade da sua aplicação no processo penal**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2673/Prova-ilicita-A-possibilidade-da-sua-aplicacao-no-Processo-Penal>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹²⁴ DINIZ, Fernanda Barbosa. **Validade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal: análise sob a ótica da hermenêutica constitucional**. Disponível em: <<http://www.pontojuridico.com/modules.php?name=News&file=article&sid=29&mode=thread&order=0&thold=0>>. Acesso em: 07 jul. 2009.

7 CORRENTE DOUTRINÁRIA PELA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

A questão que paira há anos na doutrina e na jurisprudência é se seria possível afastar do processo uma prova importante e eficaz, que leve à descoberta da verdade, pelo fato de ser ela colhida com infringência à norma material, ou se, “ao contrário, essa prova deveria ser produzida e valorada, apenas punindo-se pelo ilícito penal, civil ou administrativo cometido, quem a tivesse obtido de forma ilícita”.¹²⁵

Ou seja, há um dilema de optar-se que o delito apurado permaneça impune, ou que a prova ilicitamente obtida seja produzida em juízo.¹²⁶

Como regra, o processo deve ser regulado por provas obtidas legalmente, não sendo acolhidas as originadas de meios ilícitos.¹²⁷

A proibição do uso da prova obtida ilicitamente no processo é um direito de caráter constitucional. No entanto, há outros direitos e garantias individuais que tiveram origem no mesmo poder constituinte originário. Dessa forma a Constituição igualmente consagra o direito à vida, à segurança, à tranqüilidade, à intimidade, à saúde entre outros.¹²⁸

(...) a norma constitucional veda de modo categórico a admissão da prova obtida por meio ilícito, assim o são aquelas que ferem as várias

¹²⁵ MULLER, Desirée Brandão. **Prova ilícita**: a possibilidade da sua aplicação no processo penal. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2673/Prova-ilicita-A-possibilidade-da-sua-aplicacao-no-Processo-Penal>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹²⁶ MULLER, Desirée Brandão. **Prova ilícita**: a possibilidade da sua aplicação no processo penal. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2673/Prova-ilicita-A-possibilidade-da-sua-aplicacao-no-Processo-Penal>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹²⁷ COSTA, Carlos Fernando da Cunha. **O princípio da proporcionalidade e a validade das provas ilícitas colhidas no inquérito policial**. Disponível em: <[http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4368/O Princípio da Proporcionalidade e a Validad e das Provas Illicitas colhidas no Inquerito Policial](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4368/O%20Principio%20da%20Proporcionalidade%20e%20a%20Validad%20e%20das%20Provas%20Illicitas%20colhidas%20no%20Inquerito%20Policial)>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹²⁸ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/provas_ilicitas.doc>. Acesso em: 29 abr. 2009.

inviolabilidades postas como garantias pelo legislador constituinte, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (art. 5.º, inciso XII), do domicílio (art. 5.º, XI), das comunicações em geral e dos dados (art. 5.º, XIII), contra a tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5.º, III), a integridade física e psíquica do preso (art. 5.º, XLIX). Dessa forma, a prova colhida em afronta a tais garantias acima elencadas, será ela ilícita e inutilizável como prova.¹²⁹

A dúvida é sobre quais desses direitos são mais relevantes.¹³⁰

Será que o direito à intimidade de um perigoso sequestrador homicida é mais valioso que o direito à vida, à saúde e à propriedade do sequestrado? Será que o direito da sociedade a viver em paz é menos importante que o direito à intimidade de um sequestrador ou de um traficante?¹³¹

Com a adoção do princípio da proporcionalidade, o julgador pode, em casos de relevante gravidade, analisar se outra norma, elencada na Constituição Federal, não suplanta em valor aquela que está sendo infringida.¹³²

Embora existam críticas a referido princípio, vez que o poder absoluto da apreciação sobre qual valor deve preponderar se encontra nas mãos do magistrado, estas não devem prosperar, tendo em vista que há critérios balizadores para a atuação do juiz, bem como a utilização do princípio da proporcionalidade somente deve ocorrer nos casos em que a vantagem de sua utilização ultrapasse aos danos ocasionados em razão de sua não aplicação.¹³³

¹²⁹ COSTA, Carlos Fernando da Cunha. **O princípio da proporcionalidade e a validade das provas ilícitas colhidas no inquérito policial**. Disponível em: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4368/O_Principio_da_Proporcionalidade_e_a_Validad_e_das_Provas_Illicitas_colhidas_no_Inquerito_Policial>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹³⁰ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. Disponível em: http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/provas_ilicitas.doc>. Acesso em: 29 abr. 2009.

¹³¹ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. Disponível em: http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/provas_ilicitas.doc>. Acesso em: 29 abr. 2009.

¹³² COSTA, Carlos Fernando da Cunha. **O princípio da proporcionalidade e a validade das provas ilícitas colhidas no inquérito policial**. Disponível em: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4368/O_Principio_da_Proporcionalidade_e_a_Validad_e_das_Provas_Illicitas_colhidas_no_Inquerito_Policial>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹³³ COSTA, Carlos Fernando da Cunha. **O princípio da proporcionalidade e a validade das provas ilícitas colhidas no inquérito policial**. Disponível em: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4368/O_Principio_da_Proporcionalidade_e_a_Validad_e_das_Provas_Illicitas_colhidas_no_Inquerito_Policial>. Acesso em: 02 jul. 2009.

Não é razoável o entendimento de se desprezar toda e qualquer prova ilícita, pois a prova é a alma do processo e tem por objetivo demonstrar ao Juiz uma verdade histórica ocorrida para a formação de sua convicção. Assim, o processo será bem julgado. Ainda, cabe salientar que os meios de prova dispostos no Código de Processo Penal são exemplificativos, de forma que qualquer meio de prova será capaz de comprovar um fato, desde que legal e moral.¹³⁴

A doutrina minoritária defende que a prova ilícita apenas será afastada do processo caso o próprio ordenamento jurídico processual assim o prever, ou seja, a prova obtida ilicitamente somente encontrará sanção processual quando for igualmente ilegítima. Fora daí, a sua admissibilidade é analisada apenas pelas normas processuais, não se indagando sobre a ilicitude da qual teve origem, e que acarretará uma sanção ao seu autor no plano do direito material transgredido.¹³⁵

Nesse sentido:

Para os que assim se posicionam, o problema jurídico da admissibilidade da prova não diz respeito à maneira pela qual ela foi obtida: o importante é verificar se sua introdução no processo é consentida, sendo irrelevante a consideração do uso dos meios utilizados para colhê-la. Assim, como o objetivo do processo é a descoberta da verdade real, acredita-se que, se a prova ilegalmente obtida ostentar essa verdade, seja ela aceita. Nesse caso, haverá de ser instaurada, contra aqueles que obtiveram a prova de forma ilícita, o devido processo penal, de forma a apurar a infração cometida.¹³⁶

Há quem considere que deve prevalecer, qualquer que seja o caso, o interesse da Justiça na descoberta da verdade, de modo que a ilicitude da obtenção

¹³⁴ PINHO, Marco Antonio Garcia de. **Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal brasileiro**. Disponível em: <<http://direito.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=1456>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹³⁵ MULLER, Desirée Brandão. **Prova ilícita**: a possibilidade da sua aplicação no processo penal. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2673/Prova-ilicita-A-possibilidade-da-sua-aplicacao-no-Processo-Penal>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹³⁶ MULLER, Desirée Brandão. **Prova ilícita**: a possibilidade da sua aplicação no processo penal. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2673/Prova-ilicita-A-possibilidade-da-sua-aplicacao-no-Processo-Penal>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

não retire da prova o valor que possua como elemento proveitoso para formar o convencimento do julgador, a prova deverá ser admitida, sem prejuízo da punição a que fique sujeito o infrator.¹³⁷

Não se pode permitir que um inocente seja condenado e recolhido ao sistema penitenciário, que nada possui de educativo, pelo simples fato de ter obtido de maneira ilícita uma prova de sua inocência. Se dessa maneira for procedida, o juiz estará cometendo uma injustiça, e fazendo com que a sociedade olhe com espanto e desconfiança para o Poder Judiciário.¹³⁸

Com relação à prova derivada da ilícita, permanece o mesmo entendimento, de modo que se observados todos os princípios processuais compreendidos na Constituição Federal, entre eles o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, o seu emprego não poderá ser inibido por simples lei ordinária, que não pode contrariar a Lei Maior. Ou seja, “se é possível até o aproveitamento da prova ilícita, em casos excepcionais e graves, observado o princípio da proporcionalidade, certamente será admissível a derivação daquela”.¹³⁹

Há a discussão, por fim, à respeito da tortura, ou seja, se esta seria possível ser adotada em situações excepcionais.

Existem doutrinadores que aprovam o uso da tortura em casos excepcionais, com o intento de salvar uma vida frente um homicida, por exemplo, de modo que adotam três teses que permitem a utilização da tortura pelo Estado:

¹³⁷ DONZELE, Patrícia Fortes Lopes. **Prova ilícita**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1495/Prova-ilicita>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹³⁸ DINIZ, Fernanda Barbosa. **Validade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal: análise sob a ótica da hermenêutica constitucional**. Disponível em: <<http://www.pontojuridico.com/modules.php?name=News&file=article&sid=29&mode=thread&order=0&thold=0>>. Acesso em: 07 jul. 2009.

¹³⁹ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/provas_ilicitas.doc>. Acesso em: 29 abr. 2009.

1) Este tem o escopo de cumprir a sua obrigação de evitar prejuízos e perigos aos seus cidadãos; 2) a violência estatal, consubstanciada na tortura, seria típica, mas não ilícita (antijurídica), já que o fato teria sido praticado em legítima defesa de terceiro ou em estado de necessidade justificante; 3) O Estado deve defender, prioritariamente, a dignidade humana das vítimas ou das potenciais vítimas, em relação à dignidade humana do delinquente.¹⁴⁰

Contudo, há quem entenda que referidas teses se aplicam no combate ao crime organizado e ao terrorismo, pois são crimes mais graves, prejudiciais à vida em sociedade, que vitimam mais pessoas do que a criminalidade comum.¹⁴¹

Concluindo, para quem considera admissível a prova ilícita no processo, o entendimento é de que a vedação constitucional à aceitação da prova ilícita deve ceder nas hipóteses em que a sua observância intransigente leve à lesão de um direito fundamental de maior valor.¹⁴²

¹⁴⁰KOH, Omar Hong. Da possibilidade da tortura, em casos excepcionais, no estado democrático de direito: os fins justificam os meios? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 182, jan. 2008, p. 08.

¹⁴¹KOH, Omar Hong. Da possibilidade da tortura, em casos excepcionais, no estado democrático de direito: os fins justificam os meios? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 182, jan. 2008, p. 08.

¹⁴²DONZELE, Patrícia Fortes Lopes. **Prova ilícita**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1495/Prova-ilicita>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

8 CORRENTE DOUTRINÁRIA PELA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

Essa corrente entende que toda e qualquer prova obtida de forma ilícita deve ser imediatamente rejeitada.¹⁴³

A teoria da inadmissibilidade das provas é uma norma assecuratória que tem por objeto a tutela de direitos e garantias individuais, além da qualidade da prova a ser introduzida e valorada nos autos.¹⁴⁴

Ou seja, a maior finalidade da regra da inadmissibilidade da prova ilícita consiste em evitar não só o ingresso da prova no processo, como, principalmente, a própria introdução material ou física nos autos.¹⁴⁵

Fundamenta-se na ideia de moralidade dos atos praticados pelo Estado, bem como no prejuízo que o uso da prova ilícita pode ocasionar aos direitos e garantias do cidadão. Nessa ordem, “a prova ilícita quebra a unidade do ordenamento jurídico por atentar contra o princípio da moralidade do Estado ou por afrontar a Constituição Federal, por violar direitos e garantias fundamentais”.¹⁴⁶

A inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita estabelecida na Constituição Federal como direito e garantia fundamental apresenta como intenção o limite ao princípio da liberdade da prova, de forma que o julgador é livre para

¹⁴³ PINHO, Marco Antonio Garcia de. **Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal brasileiro**. Disponível em: <<http://direito.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=1456>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹⁴⁴ MULLER, Desirée Brandão. **Prova ilícita: a possibilidade da sua aplicação no processo penal**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2673/Prova-ilicita-A-possibilidade-da-sua-aplicacao-no-Processo-Penal>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (“exclusionary rule”)**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008122122480p>. Acesso em: 07 jul. 2009.

¹⁴⁶ SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Pressupostos de admissibilidade da prova ilícita no processo**. Disponível em: <http://www.fadisp.com.br/download/2_Pressupostos_de_Admissibilidade.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2009.

investigar os fatos (verdade real), todavia esta investigação possui limites “dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que tem por objetivo a manutenção de um Estado Democrático de Direito”.¹⁴⁷

Há três correntes que regulamentam a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente:

A primeira corrente é totalmente contrária à admissibilidade das provas ilícitas, argumentando-se por ela que o direito é único, um universo, não composto por áreas isoladas, que não se correspondem entre si. Em sendo a prova ilícita, tal afronta o direito como um todo, não sendo admitido em todo o seu universo, mesmo que a norma violadora seja instrumental. Visa-se com isso evitar que o mesmo fato seja julgado de formas diferentes (condenado e prestigiado) apenas por se encontrarem em ramos autônomos.

Entende-se, portanto, que sendo um ato ilícito, contamina todo o direito e não apenas parte dele.

(...)

A segunda corrente tem sua base no princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado. Segundo ela, a verdade não pode ser descoberta por meio de atos ilícitos, que ataquem o direito à liberdade ou à intimidade. Determinada ilicitude traria a nulidade, invalidade e, conseqüente ineficácia do ato praticado no plano processual. O Estado deve agir por meio de atos e princípios moralmente inatacáveis.

(...)

Por fim, a terceira corrente fundamenta-se numa visão de índole constitucional, já que, segundo ela, toda prova ilícita ofende a Constituição Federal, uma vez que atinge valores fundamentais do indivíduo.

Nesse contexto, toda vez que a prova for ilícita, atingirá um direito fundamental, tutelado pela Constituição Federal em seu capítulo de direitos e garantias fundamentais.¹⁴⁸

A doutrina majoritária entende que a prova obtida ilicitamente deve ser recusada, mesmo quando não exista regra processual que a considere inadmissível,¹⁴⁹ pois o direito não pode aceitar o comportamento antijurídico, nem aprovar que dele obtenha vantagem quem haja desrespeitado a norma legal, com

¹⁴⁷ MULLER, Desirée Brandão. **Prova ilícita**: a possibilidade da sua aplicação no processo penal. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2673/Prova-ilicita-A-possibilidade-da-sua-aplicacao-no-Processo-Penal>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹⁴⁸ SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Pressupostos de admissibilidade da prova ilícita no processo**. Disponível em: <http://www.fadisp.com.br/download/2_Pressupostos_de_Admissibilidade.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2009.

¹⁴⁹ MULLER, Desirée Brandão. **Prova ilícita**: a possibilidade da sua aplicação no processo penal. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2673/Prova-ilicita-A-possibilidade-da-sua-aplicacao-no-Processo-Penal>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

prejuízo alheio e, como consequência, a justiça não admitirá a prova ilicitamente adquirida.¹⁵⁰

Ocorre a chamada atipicidade constitucional, ou seja:

(...) a desconformidade do padrão, do tipo imposto pela Carta Magna. E, também, porque os preceitos constitucionais relevantes para o processo têm estatura de garantia, que interessam à ordem pública e à boa condução do processo. A contrariedade a essas normas acarreta sempre a ineficácia do ato processual, seja por nulidade absoluta, seja pela própria inexistência, porque a Constituição tem como inaceitável a prova alcançada por meios ilícitos. Como a apuração da verdade processual deve conviver com os demais interesses protegidos pela ordem jurídica, daí a razão de os diversos ordenamentos jurídicos preverem a exclusão de provas cuja prática possa representar atentado à integridade física e psíquica, dignidade, liberdade e privacidade, à estabilidade das relações, à segurança do próprio Estado, etc.¹⁵¹

Percebe-se uma tendência à ampliação do campo das proibições de prova, baseada na constatação de que o ordenamento jurídico é uno e, portanto, a transgressão de qualquer de suas regras, com o objetivo de angariar provas, deve acarretar o reconhecimento da ilicitude das mesmas e, por conseguinte, a sua inépcia para a formação do convencimento do juiz.¹⁵²

Constatou-se que a simples aplicação de sanções civis, penais e administrativas não basta para interromper a atuação ilegal da polícia eis que, na maioria dos casos, os excessos são cometidos em desfavor de pessoas de classes menos favorecidas, que não teriam recursos para arcar com ações de ressarcimento, bem como porque a coerção penal dependeria da iniciativa dos mesmos órgãos de persecução aos quais se destinam as provas ilícitas e, em um sistema em que existe a oportunidade da ação penal, dificilmente isso ocorreria.

¹⁵⁰DONZELE, Patrícia Fortes Lopes. **Prova ilícita**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1495/Prova-ilicita>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹⁵¹PINHO, Marco Antonio Garcia de. **Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal brasileiro**. Disponível em: <<http://direito.mememes.com.br/jportal/portal.jsf?post=1456>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹⁵²PINHO, Marco Antonio Garcia de. **Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal brasileiro**. Disponível em: <<http://direito.mememes.com.br/jportal/portal.jsf?post=1456>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

Ainda, é de raro acontecimento a aplicação de penalidades disciplinares pelos próprios órgãos policiais aos seus membros, impedindo-os de violar os limites legais. Por isso, concluiu-se que apenas a supressão das provas obtidas por meios ilícitos seria eficaz para impedir mencionados abusos.¹⁵³

Também, há quem considere que a prova obtida por meios ilícitos não apresenta idoneidade jurídica para convencer o juiz no momento da sentença, razão pela qual não merece ser acolhida, para não causar prejuízo na busca pela verdade, bem como para respeitar os direitos e garantias fundamentais.¹⁵⁴

Certos autores não admitem o uso da tortura pelo estado, tendo em vista que:

1) o Estado, em sua atuação, deve respeitar um dos seus fundamentos, que é a dignidade humana (valor que não comporta exceções legais, diferentemente da vida e incolumidade física), sendo indiscutível que a tortura nada tem a ver com esta; 2) a legítima defesa de terceiro e o estado de necessidade justificante (causas de exclusão da ilicitude) só podem ser alegadas por indivíduos, ou seja, não podem ser arguidas quando o agressor é o Estado. Além disso, ambas as causas envolvem a ponderação de interesses, ocasião em que a dignidade humana deve sempre prevalecer; 3) Não há dúvidas que uma pessoa, ao cometer um crime, viola a dignidade humana da vítima. Porém, isso não legitima o Estado a atacar a dignidade humana do autor do delito, na medida em que sua superioridade moral frente ao delinquente reside precisamente no fato de não utilizar as mesmas práticas repugnantes deste.¹⁵⁵

Conforme Omar Hong Koh, no Brasil, é inadmissível a prática da tortura em qualquer caso, primeiramente pelas razões acima elencadas, bem como tendo em vista que no país não existe terrorismo, e, também, porque o crime organizado não é tão organizado assim. Ainda, cabe ressaltar que nem em hipótese de guerra externa a utilização da tortura é admitida no direito internacional, razão pela qual se reprova

¹⁵³ PINHO, Marco Antonio Garcia de. **Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal brasileiro**. Disponível em:

<<http://direito.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=1456>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹⁵⁴ WENZEL, Leiliane Freitas Almeida. **Considerações ao princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Disponível em:

<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Leiliane%20Freitas%20Almeida%20Wenzel_Efetividade%20e%20Garantias%20no%20Processo.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2009.

¹⁵⁵ KOH, Omar Hong. Da possibilidade da tortura, em casos excepcionais, no estado democrático de direito: os fins justificam os meios? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 182, jan. 2008, p. 08.

a ideia de “exculpação supralegal” na tortura (causa de exclusão da culpabilidade pela presença do estado de necessidade exculpante – Claus Roxin). Finalmente, a ideia de direito penal do inimigo não se adapta com o Estado de Direito.¹⁵⁶

Por fim, embora o direito à prova seja fundamental para os direitos de ação e de defesa, este não é absoluto, vez que há limitação para a produção probatória. Por isso, a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas baseia-se na moralidade dos atos praticados pelo Estado, bem como no sentido de que a prova ilícita ofende o direito, e não pode, conseqüentemente, ser acolhida.¹⁵⁷

¹⁵⁶KOH, Omar Hong. Da possibilidade da tortura, em casos excepcionais, no estado democrático de direito: os fins justificam os meios? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 182, jan. 2008, p. 08.

¹⁵⁷WENZEL, Leiliane Freitas Almeida. **Considerações ao princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Leiliane%20Freitas%20Almeida%20Wenzel_Efetividade%20e%20Garantias%20no%20Processo.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2009.

9 CONCLUSÃO

A prova ilícita é prevista no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, que prevê a inadmissibilidade de referida prova no processo. Contudo, em razão da necessidade de uma previsão infraconstitucional para esclarecer determinadas questões até o momento sem respostas, é que nasceu a Lei nº 11.690/2008, alterando o artigo 157 do Código de Processo Penal.

Assim, o objetivo da reforma processual penal foi o tratamento igualitário no âmbito penal aos membros da sociedade, em observância aos princípios fundamentais, bem como dar ao processo mais efetividade e celeridade. No que se refere às provas ilícitas, a Lei nº 11.690/2008 veio para prever no plano infraconstitucional a prova adquirida ilicitamente, bem como positivizar no direito brasileiro a prova derivada da ilícita (teoria dos frutos da árvore envenenada).

Pode-se conceituar prova ilícita como aquela obtida com infringência ao direito material, constitucional e legal. Já, prova ilegítima é aquela obtida com infringência a direito processual. Nesse sentido, prova ilegal é aquela tanto obtida em desrespeito à norma material (ilícita), quanto obtida em desrespeito à norma processual (ilegítima), sendo, portanto, um gênero das espécies ilícita e ilegítima. São exemplos de provas ilícitas a confissão produzida mediante tortura e a gravação de conversa telefônica sem autorização legal e ignorada por ambos os interlocutores.

As provas ilícitas por derivação tiveram origem na doutrina americana conhecida como *fruit doctrine*, ou seja, teoria dos frutos da árvore envenenada. Desta forma, pode-se conceituar prova ilícita por derivação como sendo aquela

prova que nasceu lícita mas que se tornou ilícita em razão de ter sido obtida de uma prova originariamente ilícita. Em razão do advento da Lei nº 11.690/2008 está positivado o entendimento de que a prova derivada da ilícita é, igualmente, ilícita. Contudo, existem limites (originados da doutrina e jurisprudência americanas) impostos a vedação absoluta da prova ilícita derivada, quais sejam: Teoria da fonte independente (quando a conexão entre uma prova e outra não constituem causa e efeito) e Teoria da descoberta inevitável (quando a descoberta da prova derivada da ilícita poderia ocorrer de outro modo). O Supremo Tribunal Federal acolhe, em certa medida, ambas as teorias, bem como a Teoria da quebra do nexo de causalidade entre a prova originariamente ilícita e a prova derivada da ilícita. Ainda, a Lei nº 11.690/2008 adotou as teorias da fonte independente e da descoberta inevitável, bem como disciplinou no § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal a necessidade de se evidenciar o nexo de causalidade entre uma prova ilícita e outra derivada da ilícita.

Também, o § 3º do artigo 157 do Código de Processo Penal previu que caso seja juntada ao processo uma prova ilícita, esta deve ser desentranhada dos autos e, em seguida, inutilizada por decisão judicial, intimando-se as partes para o acompanhamento do incidente. Isso tendo por objetivo primordial a impossibilidade de consulta de aludida prova de modo a influenciar no convencimento do juiz. Ainda, entende-se que o magistrado deverá determinar a destruição da prova ilícita. À respeito deste último entendimento, há quem diga que a prova ilícita pode pertencer à um terceiro que tem interesse em sua restituição, ou pode, até mesmo, ser utilizada para provar a inocência de um acusado, de forma que somente poderá ser destruída após a elaboração de um laudo pericial quando não mais interessar ao processo que apura o delito decorrente de sua obtenção.

O veto presidencial ao § 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal teve como justificativa a manutenção da celeridade processual, vez que um juiz substituto demoraria muito para tomar conhecimento do teor da instrução de um processo, fato que prejudicaria a celeridade. Contudo, há quem concorde e quem não concorde com a mencionada vedação.

A doutrina utiliza-se, também, das teorias da proporcionalidade (quando houver conflito entre direitos e garantias constitucionais, é possível sopesar referidos valores para concluir qual deverá prevalecer no caso concreto) e da prova benéfica em favor do acusado (eliminação de causas excludentes de ilicitude em benefício do princípio da presunção da inocência, quando, por exemplo, a prova ilícita é a única capaz de defender os direitos do réu), visando amenizar a vedação das provas obtidas ilicitamente. Contudo, referidas exceções devem ser utilizadas com muita cautela pelo magistrado, tendo em vista o seu amplo grau de subjetividade, de modo que o julgador deverá utilizar a melhor opção frente ao caso concreto.

A doutrina diverge acerca da admissibilidade da prova ilícita, existindo posicionamentos favoráveis e desfavoráveis.

A corrente doutrinária pela admissibilidade da prova ilícita entende que a regra é a utilização de provas legalmente obtidas. Contudo, deve ser observado no caso concreto quais direitos são mais relevantes, de modo que a teoria da proporcionalidade merece ser utilizada nos casos em que a vantagem de seu emprego ultrapasse os danos ocasionados em decorrência de sua não utilização. Ainda, há quem considere que, independente do caso, deve prevalecer o interesse da Justiça na busca pela verdade, admitindo-se, inclusive, em caso graves como o terrorismo e o crime organizado, a utilização da tortura.

Por outro lado, a corrente doutrinária pela inadmissibilidade da prova ilícita entende que toda prova obtida por meios ilícitos deve ser prontamente rejeitada. Isso porque os defensores desse posicionamento têm por objetivo prezar pela qualidade da prova introduzida e valorada no processo, vez que a prova ilícita viola direitos e garantias fundamentais, de modo que os atos praticados pelo Estado devem estar sob o manto da moralidade. Ou seja, há um limite à liberdade de busca pelas provas, de forma que há quem considere que a prova ilícita não apresenta idoneidade jurídica para influenciar o julgador no momento da prolação da sentença. Portanto, a prova obtida por meios ilícitos não deve ser acolhida.

Desta forma, em que pese os pontos negativos com relação ao acolhimento das provas adquiridas ilicitamente e das provas derivadas da ilícita, entendo que em certos casos elas são necessárias, pois, do contrário, poderão gerar, até mesmo, uma lesão a um bem protegido constitucionalmente de maior valor. Ou seja, tendo em vista que o objetivo da Justiça é a busca pela verdade real, caso a prova que demonstre essa realidade seja uma prova obtida ilicitamente, esta deve ser acolhida. Deste modo, o processo será bem julgado.

Contudo, o uso de referidas provas não deve ser banalizado, de modo que o magistrado, por meio de critérios balizadores de sua atuação e utilizando-se com cautela do princípio da proporcionalidade, deverá delimitar, em hipóteses excepcionais e de maior gravidade, os direitos e garantias constitucionais que apresentem maior valor e que, portanto, devem prevalecer no caso concreto.

Destarte, apesar de o Sistema Penal brasileiro adotar a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas, estas, se utilizadas de maneira cautelosa e baseadas em cada caso concreto, constituem um meio eficaz de se obter a justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus 121.216-DF. Relator Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça** 01.06.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Recurso Extraordinário 251.445-GO. Relator Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça** 03.08.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* 72.588-PB. Relator Ministro Maurício Corrêa. **Diário de Justiça** 04.08.2000.

CARVALHO, Thiago Amorim dos Reis. **Comentários aos artigos 155, 156 e 157 do CPP**. Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_1480_Comentarios_ao_artigos_155_156_e_157_do_CPP>. Acesso em: 02 jul. 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal brasileiro**. Disponível em: <<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/fauzi-hassan%20.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

COSTA, Carlos Fernando da Cunha. **O princípio da proporcionalidade e a validade das provas ilícitas colhidas no inquérito policial**. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4368/O_Principio_da_Proporcionalidade_e_a_Validade_das_Provas_Illicitas_colhidas_no_Inquerito_Policial>. Acesso em: 02 jul. 2009.

DINIZ, Fernanda Barbosa. **Validade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal**: análise sob a ótica da hermenêutica constitucional. Disponível em: <<http://www.pontojuridico.com/modules.php?name=News&file=article&sid=29&mode=thread&order=0&thold=0>>. Acesso em: 07 jul. 2009.

DONZELE, Patrícia Fortes Lopes. **Prova ilícita**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1495/Prova-ilicita>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

Editorial. A esperada reforma processual penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 01.

GALVÃO, Bruno Haddad. **Lei 11.690/08 e irrazoabilidade do veto presidencial ao § 4º do art. 157**. Disponível em: <http://www.sosconcurseiros.com.br/direito-processual-penal/assuntos-quentes/lei-1169008-e-irrazoabilidade-do-veto-presidencial-ao-%C2%A74%C2%B0-do-art-157_45-216_1/>. Acesso em: 31 out. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei 11.690/2008 e provas ilícitas**: conceito e inadmissibilidade. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2008071117152660>. Acesso em: 02 jul. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Prova ilícita**: direito à exclusão dos autos do processo (“exclusionary rule”). Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008122122480p. Acesso em: 07 jul. 2009.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 281-282.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. III, p. 223.

KOH, Omar Hong. Da possibilidade da tortura, em casos excepcionais, no estado democrático de direito: os fins justificam os meios? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 182, jan. 2008, p. 08.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 99.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A reforma do Código de Processo Penal – Provas**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/150166/artigos-a-reforma-do-codigo-de-processo-penal-provas>. Acesso em: 02 jul. 2009.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 266.

MULLER, Desirée Brandão. **Prova ilícita**: a possibilidade da sua aplicação no processo penal. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2673/Prova-ilicita-A-possibilidade-da-sua-aplicacao-no-Processo-Penal> >. Acesso em: 02 jul. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 236-237.

PINHO, Marco Antonio Garcia de. **Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal brasileiro**. Disponível em: <http://direito.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=1456>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 18.

SAAD, Marta. Lei 11.690/2008 e as provas ilícitas por derivação. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jul. 2008, p. 16.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principalmente modificações do júri. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 176.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/provas_ilicitas.doc>. Acesso em: 29 abr. 2009.

SILVA, Ticiano Alves e. **O vetado § 4º do art. 157 da nova Lei nº 11.690/2008 e a descontaminação do julgado**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11382>>. Acesso em: 31 out. 2009.

SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Pressupostos de admissibilidade da prova ilícita no processo**. Disponível em: <http://www.fadisp.com.br/download/2_Pressupostos_de_Admissibilidade.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2009.

VIÉGAS, Rommel Cruz. As provas ilícitas por derivação. Disponível em: <<http://www.amma.com.br/conteudo.php?cat=2&id=0000000067>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

WENZEL, Leiliane Freitas Almeida. **Considerações ao princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Leiliane%20Freitas%20Almeida%20Wenzel_Efetividade%20e%20Garantias%20no%20Processo.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2009.