

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**REFLEXÕES ACERCA DA (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

GUSTAVO LUIZ DE SOUSA BEZERRA

**Rio de Janeiro
2019/ 2º SEMESTRE**

GUSTAVO LUIZ DE SOUSA BEZERRA

**REFLEXÕES ACERCA DA (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.

Rio de Janeiro
2019/ 2º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

B574r Bezerra, Gustavo Luiz de Sousa
Reflexões acerca da (in)admissibilidade da prova
ilícita no processo penal brasileiro. / Gustavo Luiz
de Sousa Bezerra. -- Rio de Janeiro, 2019.
79 f.

Orientador: Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Processo penal. 2. Prova ilícita. 3.
(In)admissibilidade. 4. Direito à prova. I. Prado,
Geraldo Luiz Mascarenhas, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

GUSTAVO LUIZ DE SOUSA BEZERRA

**REFLEXÕES ACERCA DA (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.

Data da Aprovação: 04 de dezembro de 2019

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RESUMO

O presente trabalho monográfico versa sobre a ilicitude probatória e suas mitigações no sistema processual penal brasileiro a partir da reforma trazida pela Lei 11.690/2008, que trouxe mudanças significativas a respeito das provas penais e da limitação do direito à prova pela ilicitude. Nessa esteira, decorridos mais de dez anos de sua inserção no Código de Processo Penal, almeja-se analisar a disciplina da garantia processual penal do direito à prova e a admissibilidade da prova ilícita através dos seguintes subsídios: a conceituação do direito à prova e da prova ilícita, suas hipóteses de (in)admissibilidade, por meio da interpretação dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais; um sucinto estudo comparado referente ao tratamento da prova ilícita em ordenamentos internacionais; e a realização de um levantamento das tendências atuais do Supremo Tribunal Federal em tema das provas penais ilícitas, junto aos reflexos de tais tendências no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo na atividade legislativa. Por fim, a consolidação dos conceitos estudados conclui que a interpretação das normas referentes às provas ilícitas vem sendo realizada em suas especificidades, com soluções particulares e justificáveis, além de sua possibilidade de utilização em caráter excepcional, de forma diversa da estadunidense, que originou sua inserção no ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: Prova ilícita. Processo penal. Direito à prova. (In)admissibilidade

ABSTRACT

The present monographic work deals with evidence obtained by unlawful means and its mitigations in the Brazilian criminal procedural system from the reform brought by Law 11.690/2008, which brought significant changes regarding the criminal evidence and the limitation of the right to evidence by unlawfulness. In this context, after more than ten years of its insertion in the Code of Criminal Procedure, it aims to analyze the discipline of criminal procedural guarantee of the right to evidence, and the admissibility of unlawful evidence through the following subsidies: its concepts, its hypotheses of (in) admissibility through the interpretation of constitutional and legal provisions; a succinct comparative study on the treatment of unlawful evidence in international law; and a survey regarding current trends of the Federal Supreme Court on the subject of unlawful criminal evidence, along with the reflection of such trends in Brazil's legal system, especially in legislative activity. Finally, the consolidation of the exposed path concludes that the interpretation of the norms referring to unlawful evidence has been performed in its specificities, with particular and justifiable solutions, besides the possibility of being used in an exceptional way, unlike the American one, which originated its insertion in the Brazilian order.

Key-words: Unlawful evidence. Criminal proceedings. Right to proof. (In) admissibility

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I - CONCEPÇÕES INICIAIS DA GARANTIA DO DIREITO À PROVA ..	14
1.1 Prova: conceito e finalidade	14
1.1.1 Das diferentes acepções da prova.....	14
1.1.1.2 Elementos de prova.....	15
1.1.1.3 Resultados de prova.....	16
1.1.1.4 Fontes de prova.....	16
1.1.1.5 Meios de prova.....	17
1.1.1.6 Meios de obtenção de prova.....	17
1.1.1.7 Acepção normativa da prova.....	17
1.1.2 Da verdade processual e a instrução probatória do juiz.....	18
1.1.3 Sistemas acusatório e inquisitório.....	20
1.1.4 Garantias processuais no procedimento probatório.....	22
1.2 Direito à prova	23
1.2.1 Natureza e titularidade do direito à prova.....	23
1.2.2 Breve panorama histórico do direito à prova na legislação ordinária.....	25
1.2.3 Limitações do direito à prova.....	27
CAPÍTULO II - A DISCIPLINA DA ILICITUDE PROBATÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	29
2.1 Da prova ilícita	29
2.1.1 Conceito de prova ilícita: diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas.....	29
2.1.2 Teoria restrita e ampla da ilicitude da prova.....	31
2.2 Da (in)admissibilidade da prova ilícita na legislação pátria	32
2.2.1 Conceito de (in)admissibilidade.....	32
2.2.2 Correntes doutrinárias acerca da (in)admissibilidade da prova.....	33
2.2.3 Análise dos dispositivos referentes à (in)admissibilidade da prova ilícita.....	34
2.3 Princípio da proporcionalidade	38
2.3.1 (In)admissibilidade da prova ilícita a favor do réu.....	39
2.4 Prova ilícita por derivação	40
2.4.1 Mitigações (ou exceções) à teoria da ilicitude por derivação.....	41
2.4.1.1 Nexo causal atenuado (“attenuated connection”).....	42
2.4.1.2 Fonte independente (“independent source”).....	43

2.4.1.3 Descoberta inevitável (“inevitable discovery”).....	44
CAPÍTULO III - A PROVA ILÍCITA NO DIREITO COMPARADO.....	46
3.1 Estados Unidos.....	46
3.2 Alemanha.....	49
3.3 Portugal.....	50
3.4 Itália.....	51
3.5 Espanha.....	53
CAPÍTULO IV - TRATAMENTO DA PROVA ILÍCITA NO BRASIL: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA ATIVIDADE LEGISLATIVA.....	55
4.1 A prova ilícita no Supremo Tribunal Federal.	55
4.1.1 Metodologia.....	55
4.1.2 Dos acórdãos analisados.....	57
4.1.3 Considerações.....	63
4.2 A prova ilícita na atividade legislativa.....	64
4.2.1 Metodologia.....	64
4.2.2 Câmara dos Deputados.....	64
4.2.3 Senado Federal.....	68
CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	73

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal Brasileiro, desde a sua edição em 1941 e a partir das reformas pontuais as quais foi submetido, buscou a devida adequação seus preceitos à observância de um leque de princípios como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, o dever de fundamentar decisões e o ônus da prova pela acusação.

Tais garantias dadas aos réus no processo penal são fruto de uma longa evolução histórica, na qual se percebeu que a violência perpetrada pelo Estado, apesar de ser a única legítima, é provavelmente a mais injusta, dada a desigualdade de forças entre as partes –Estado *versus* cidadão (WEBER, 1982, p. 55).

É em meio a tais circunstâncias que o movimento de cunho filosófico-jurídico conhecido como garantismo penal vem ganhando espaço. Em sua obra intitulada *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, o italiano Luigi Ferrajoli preconizou a necessidade de observância de dez princípios básicos - os quais denominou de “axiomas” - para que um determinado sistema normativo-penal venha a ser considerado garantista.

Na lição de Ferrajoli, o garantismo é dotado de três acepções distintas:

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do estado em garantia dos direitos do cidadão.

[...]

Em um segundo significado, “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.

[...]

Segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade.

Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser do direito”. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 1998, p. 785-787).

É desta forma que o direito penal refletirá a orientação jurídico-filosófica e a ideologia política vigentes¹, podendo essa orientação, a partir da referência constitucional do direito penal, vir dos direitos fundamentais. O certo é que a perspectiva dos direitos humanos sempre esteve presente no sistema penal, contaminando seu raciocínio, especialmente dentro do modelo social personalista, que enxerga a realização dos direitos do indivíduo o fim a ser buscado socialmente, sendo o Estado um instrumento a seu serviço. Essa orientação opõe-se, portanto, àquela que pretende garantir a manutenção da estrutura de poder como o fim último do Estado, justificada por uma superestrutura legitimante.²

Tal como presente na Constituição brasileira, o quadro axiológico de Ferrajoli informa a atuação dos poderes públicos na especial relação entre poder e direito, para que o direito penal, como subsistema do sistema de controle social, atue sempre que seu âmbito de proteção se revelar imprescindível à manutenção da ordem social. Desta forma, o direito penal, na defesa dos direitos humanos, na dimensão punitiva, atuará apenas de maneira subsidiária e fragmentária.

Com o favorecimento de uma reflexão inclusive sobre os objetivos e limites do direito penal contemporâneo, o direito penal, instrumento de controle social que busca a manutenção da expectativa de cumprimento do pacto de convivência, aceitaria a interferência de concepções humanistas e não puramente funcionais, burocráticas e desumanizadas que organizassem sua estrutura interna.³

¹ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

² TORRE, I Bergudo Gómez de la.; CEPEDA, A. Pérez. **Derechos Humanos y Derecho Penal: Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones**. Revista penal, nº 26, 2010, p. 81.

³ HASSEMER, W. **Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal**. Tradução de Muñoz Conde/Díaz Pita). São Paulo: Tirant lo Blanch, 1999, p. 15.

No âmbito do processo penal brasileiro, o movimento punitivista se expressa em determinadas fases do processo, como na utilização prática dos meios de investigação de prova. Estes ganharam protagonismo na produção de informações no processo penal, em detrimento dos tradicionais meios de prova, tais como a prova documental, testemunhal e pericial.⁴

Como sendo defendido no âmbito de proteção internacional dos direitos humanos, está-se a inverter o princípio da subsidiariedade do direito penal por meio da jurisprudência das cortes de direitos humanos, que deveria ser utilizado como última opção, passa a se tornar um meio prioritário de ação e por essa razão essa relação ainda apresenta elementos de tensão e fragilidade.⁵

O processo de consolidação dos direitos humanos iniciou-se com a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948. Estabeleceu-se, a partir daí, o Direito Internacional de Direitos Humanos, formado por dois sistemas, o globalizado e o regional. O primeiro apresentando normas genéricas de proteção, enquanto o segundo teve como objetivo a internacionalização dos direitos humanos em um plano regional, como, por exemplo, Europa, América e África, em razão dos diferentes níveis de evolução de cada continente.

Foi mais precisamente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual alçou o princípio da prevalência dos direitos humanos como norteador do país em suas relações internacionais, que o Brasil vem elaborando medidas com o intuito de adotar os mais diversos tratados internacionais de direitos humanos.⁶

Para tanto, “uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica

⁴ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; et al. Meios de Investigação de Prova e Direitos Humanos. In: **XIX Jornada de Iniciação Científica da UCP**. 2017, Petrópolis. Cultura e Inovação na Universidade. Petrópolis: Editora da UCP, v. 1, 2017, p. 19-19.

⁵ MARTIN-CHENUT, Kathia. A valorização das obrigações positivas de natureza penal na jurisprudência da CIDH: o exemplo das graves violações de direitos humanos cometidos durante as ditaduras dos países do Cone-Sul. Trad. Priscila Akemi Beltrame e Pedro Augusto Simões da Conceição. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 21, v. 103, p. 97–127, jul./ago. 2013, p. 101.

⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 327-333.

e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo”.⁷

Paralelamente a isto, o tema da prova ilícita vem ganhando espaço entre as preocupações fundamentais do direito processual moderno. Em virtude do grande desenvolvimento da tecnologia, a vida privada, a intimidade, e a honra da pessoa humana tornou-se mais facilmente vulnerável, impondo ao legislador cuidado para, na outorga de mecanismos hábeis à eficiente repressão à criminalidade, não autorizar invasões desnecessárias ou desmedidas na vida da pessoa.

Diante do Estado Democrático de Direito em que vivemos, que preza pelos direitos fundamentais do ser humano, verifica-se a possibilidade de utilização da prova obtida ilicitamente, sempre em caráter excepcional, por meio da teoria da proporcionalidade.

A Constituição da República elenca entre os direitos e garantias fundamentais o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo. Contudo, haja vista não existirem garantias absolutas no direito pátrio, existem hipóteses nas quais é permitida a utilização das provas proibidas no processo.

A consequência da presença de provas ilícitas no processo, conforme o artigo 157 do Código de Processo Penal é seu desentranhamento e sua posterior destruição, tese essa criticada reiteradamente em âmbito doutrinário, haja vista impossibilitar futura revisão criminal.

A hipótese do presente trabalho é a de que, sendo aceitas no processo as provas ilícitas quando, no ordenamento processual inexistente norma específica que declare a sua inadmissibilidade, há uma forte inclinação para que seja admitida a aplicação, no caso concreto e em circunstâncias especiais, do princípio da proporcionalidade.

Tal hipótese, portanto, atrai a existência de colisão de princípios e de direitos fundamentais, o que reclama o balanceamento de valores e de pesos, a fim de descobrir qual o que deve prevalecer, por uma operação com base no princípio da proporcionalidade, com a

⁷ Ibidem, p. 327-333.

aplicação da corrente intermediária em que a prova ilícita teria admissão conforme os valores morais e jurídicos em jogo, presente a relevância do direito, com questões de alta carga valorativa.

O presente trabalho foi desenvolvido pelo método qualitativo, com base em dados bibliográficos e jurisprudenciais, pautado nos seguintes procedimentos: a) seleção de bibliografia e documentos afins à temática e em meio físicos e na Internet, interdisciplinares, capazes e suficientes para que o seja construído um referencial teórico coerente sobre o tema em estudo, responda o problema proposto, corrobore ou refute as hipóteses levantadas e atinja os objetivos propostos na pesquisa; b) leitura e fichamento do material selecionado; c) reflexão conclusiva sobre o referido material.

Reconhecendo a inegável contribuição do garantismo para a formatação séria de um projeto democrático de direito, a monografia terá como principais objetivos:

1. a análise da disciplina da garantia processual penal do direito à prova, desde a sua conceituação até a legislação prevista no ordenamento brasileiro e internacional;
2. a conceituação da prova ilícita e suas hipóteses de (in)admissibilidade;
3. a realização de um levantamento das tendências atuais do Supremo Tribunal Federal em tema das provas penais ilícitas. Serão tratados, também, os reflexos de tais tendências no ordenamento jurídico pátrio;
4. o incentivo à discussão em torno de propostas de mudanças legislativas para o aperfeiçoamento da legislação brasileira, em especial, visando adaptá-la e torná-la compatível com as Convenções Internacionais de Direitos Humanos, levando em consideração o respeito aos valores constitucionais.

Dentro desta perspectiva, imprescindível a discussão em torno do atual sistema processual penal, no que se refere a violações de direitos e princípios, sobretudo em relação à garantia do direito à prova.

CAPÍTULO I - CONCEPÇÕES INICIAIS DA GARANTIA DO DIREITO À PROVA

1.1 Prova: conceito e finalidade

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico, sendo destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato.⁸

Nesse contexto, nos dizeres de Goldschmidt, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado. O tema probatório é sempre a afirmação de um fato passado, não sendo as normas jurídicas, como regra, tema de prova.⁹

Nessa atividade, a instrução, seja esta preliminar ou processual, e as provas nela colhidas são fundamentais para a seleção e eleição das hipóteses históricas aventadas.¹⁰ Deste modo, segundo Michele Taruffo, as provas são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencimento do juízo.¹¹

1.1.1 Das diferentes acepções da prova

Na terminologia processual, o termo *prova* é empregado com as mais variadas significações. De forma mais ampla, indica o conjunto das atividades realizadas pelo juiz e pelas partes na reconstrução de fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão; também pode aludir aos instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidas no processo, a saber, os meios de prova; e, ainda, dá o nome ao resultado de tais atividades.¹²

⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 227.

⁹ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 256.

¹⁰ CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal: Tomo I**. Bogotá: Temis, 2000, p. 125.

¹¹ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992, p. 83.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, n. 21, 2002, p. 103.**

Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho¹³, o termo “prova”, nas acepções mais recorrentes da esfera jurídica, pode ter o significado de i) “demonstração”, ou seja, funciona como uma apresentação de elementos de informação para decidir se uma afirmação ou negação de um fato é verdadeira (e.g., o presente foi prova de que ele a amava; o professor fez a prova da existência da gravidade).

A prova também pode ser vista como ii) “experimentação”, isto é, uma espécie de “teste” para que se possa avaliar determinada proposição como verdadeira (e.g., o cientista fez a prova do medicamento em laboratório). Isso ocorre em fase da instrução probatória no processo, que busca recolher e analisar os elementos necessários para confirmar ou refutar as asserções sobre aqueles fatos - sejam elas feitas pelas partes, sejam colocadas pelo próprio juiz como tema de investigação.

O autor apresenta, por fim, a prova como um iii) “desafio”, no tocante a um obstáculo a ser superado como condição para se alcançar o reconhecimento de certas qualidades ou aptidões (e.g., a prova prática foi a mais difícil; a prova não foi fácil). No sentido processual, é o caso do “ônus da prova como o encargo que incumbe à parte demonstrar um fato alegado”.

Além disso, Gomes Filho alerta para a natureza polissêmica do próprio termo prova, ora empregado pelo Código de Processo Penal brasileiro como elemento de prova, ora como resultado de prova, ora ainda como fonte, meio e meio de obtenção de prova.

1.1.1.2 Elementos de prova

Elementos de prova são os dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa. Em outras palavras, trata-se de cada fato capaz de tornar verdadeira ou não uma alegação. Com efeito, trata-se do instituto conhecido na common law como *evidence*.

¹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 147.

Deste modo, constituem elementos de provas as declarações prestadas por uma testemunha sobre determinados fatos, o conteúdo de certo documento, a exibição de objetos, etc.

Acrescenta Gomes Filho que esta expressão evidencia uma característica essencial da atividade probatória que é a de que o convencimento do julgador deve resultar da apreciação de um conjunto de informações.

1.1.1.3 Resultados de prova

Já os resultados da prova são as conclusões extraídas pelos julgadores a partir dos diversos elementos de prova existentes no caso acerca de um fato. Este resultado não é obtido apenas por uma espécie de soma envolvendo os elementos apresentados, mas sim através de um procedimento epistêmico levado a efeito pelo julgador permitindo a ele se uma referida alegação é ou não verdadeira. Na doutrina anglo-saxônica, esse instituto é conhecido como *proof*.

Portanto, a conclusão é que o raciocínio judicial na apreciação das provas deve refletir uma necessária conexão entre os elementos de prova e o resultado da prova obtido para aferir se uma proposição é ou não verdadeira.

Importante pontuar, também na visão de Gomes filho, as conceituações para fonte de prova, meio de prova e meio de investigação da prova:

1.1.1.4 Fontes de prova

Fontes de prova são as pessoas ou coisas das quais se possa extrair o elemento de prova (testemunhas, vítimas, documentos etc.). A doutrina costuma classificar as fontes de prova em pessoais ou reais. As fontes de prova pessoais são aquelas decorrentes dos sentidos humanos, como um testemunho, por exemplo, enquanto as reais decorrem daquilo que pode ser obtido a partir do exame de coisas.

1.1.1.5 Meios de prova

Meios de prova, por sua vez, são os instrumentos ou atividades por intermédio das quais os elementos de prova são introduzidos e fixados no processo, ou seja, veículos de ingresso dos elementos de prova nos autos do processo - como por exemplo, um depoimento de uma testemunha, ou a admissão de um documento nos autos do processo.

1.1.1.6 Meios de obtenção de prova

Os meios de obtenção de prova, também chamados de meios de pesquisa ou meios de investigação de prova referem-se a certos procedimentos, em geral extraprocessuais, regulados por lei, com o objetivo de obter fontes de provas acerca de uma assertiva que seja objeto de prova, isto é, que se pretenda seja confirmada ou não em juízo. São exemplos de meios de obtenção de prova comuns no procedimento penal brasileiro as buscas e apreensões.¹⁴

Uma distinção importante deve ser feita entre meios de prova e meios de pesquisa ou meios de investigação. Os meios de prova são uma atividade *endoprocessual*, feita perante o juiz, e que envolve o conhecimento e participação das partes. Por outro lado, os meios de pesquisa ou investigação são *extraprocessuais*, na medida em que levam em conta procedimentos regulados em lei com o objetivo de angariar elementos de prova, mas que são realizados por policiais e outros funcionários.¹⁵

1.1.1.7 Acepção normativa da prova

Além do conceito material de prova acima proposto, o conceito normativo de prova consiste em tomar como elemento probatório somente aquilo que for filtrado pelo contraditório em âmbito processual, advindo do dispositivo previsto no inciso LV do 5º artigo da Constituição da República, uma vez que é reconhecido às partes no processo penal o direito ao contraditório e à ampla defesa:

¹⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Coords.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 307-310.

¹⁵ *Ibidem*, p. 309.

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

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

Da mesma forma, a atual redação do artigo 155 do Código de Processo Penal explicita que o juiz formará sua convicção com base exclusivamente na prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos de informação colhidos na fase de investigação preliminar:

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

Em conclusão, a prova, em sua acepção normativa, é aquela produzida sobre o crivo do contraditório em âmbito processual – admitindo como exceção legalmente imposta as provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis, cuja filtragem pelo contraditório será impossível ou diferida.

1.1.2 Da verdade processual e a instrução probatória do juiz

A verdade processual, interpretação verdadeira do direito a ser aplicado a fatos verdadeiros, assume uma importância fundamental. Afinal, todas as demais garantias ficam completamente esvaziadas e assumem um papel puramente ideológico se, no sistema penal, o cidadão não tiver qualquer proteção contra o arbítrio judicial na identificação dos pressupostos fáticos da sanção penal.

Nesse cenário, é comum o juiz ser comparado ao “historiador”. Francesco Carnelutti entendia que o juiz também seria um historiador com uma pequena diferença entre a grande (do segundo) e a pequena história (do primeiro), isto é, “a história que o juiz faz, ou melhor, reconstrói, é a pequena história, pode parecer que sua missão resulte mais fácil que reconstruir a grande história”.¹⁶

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. 2. ed. São Paulo: Pillares, 2009, p. 71.

Gomes Filho, por sua vez, aponta uma frequente analogia que se faz entre as atividades do juiz e do historiador pelo simples motivo de ambos estarem interessados em reviver no presente os acontecimentos do passado com o auxílio de elementos probatórios. Distinguem-se quanto aos critérios de individualização dos fatos a serem investigados, pois, em suas palavras:

O historiador é razoavelmente livre na delimitação do fragmento da realidade passada sobre o qual versará sua pesquisa, e o faz movido por critério de importância social, econômica, cultural, etc., o juiz encontra-se vinculado ao que tiver sido objeto de postulações alheias, que restringem a investigação àqueles fatos relevantes para a aplicação do direito (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O direito à prova no processo penal, pp. 44-45).

Em síntese, o convencimento judicial, de acordo com Antônio Magalhães Gomes Filho, “resulta (ou deve resultar) de uma pluralidade de informações (provas), a partir das quais são realizados procedimentos inferenciais para que se chegue a uma conclusão sobre os fatos”. Nesse ínterim, processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade cognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença.

Ressalte-se que, conforme a lição de Ferrajoli¹⁷, a própria subjetividade do juiz está sujeita a uma espécie de deformação profissional que lhe impõe uma forma jurisdicada de ver o mundo, que muitas vezes o impede de perceber certos detalhes, considerar certas variáveis.

Além disso, o juiz se vê envolvido, no processo, com as subjetividades dos outros atores processuais (testemunhas, peritos etc.), o que incrementa ainda mais as dificuldades na busca da verdade objetiva.

Com o intuito de obter uma efetiva relação processual, fazendo com que o juiz exerça o seu livre convencimento, as partes deverão se atentar a produção de provas, pois esse é o instrumento processual para a busca da verdade por aquilo que se foi alegado nos autos do processo, sendo o meio que se demonstra a existência ou inexistência dos fatos alegados, na busca dos interesses contrapostos.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Bari: Laterza, 1998, p. 44.

Com afirma Ferrajoli, “se uma justiça penal inteiramente ‘como verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal inteiramente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbítrio”.¹⁸ Justiça e verdade são, portanto, noções complementares ao exercício do poder.¹⁹

Isso não significa, como erroneamente afirmam muitos, que o accertamento da verdade é o fim último do processo, em especial, do penal. A verdade é apenas um pressuposto para poder adequadamente decidir qual é a hipótese legal aplicável ao caso concreto.

1.1.3 Sistemas acusatório e inquisitório

Quanto ao “modo de construção do convencimento do juiz”, há uma certa variação conforme se adote o sistema acusatório ou inquisitório²⁰, pois no primeiro as partes produzem a prova em busca da formação do convencimento do juiz; no segundo, regido pelo princípio inquisitivo, o juiz vai de ofício atrás da prova, decidindo primeiro e buscando a seguir as provas que justificam a decisão já tomada (primado das hipóteses sobre os fatos), com inegável sacrifício da imparcialidade.

No sistema acusatório, a gestão da prova concentra-se nas partes, sistema este consagrado pela Constituição, no extenso rol do artigo 5º, através da garantia da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do acesso à justiça, do juiz natural, do tratamento paritário às partes, da ampla defesa, da publicidade e motivação dos atos decisórios e da presunção de inocência.

Tal inspiração acusatória tem como principal característica a separação de funções, firmada por Montesquieu, em que cada órgão possui tarefas distintas, sendo que somente às partes cabe a produção de provas, mantendo-se, assim, a imparcialidade do julgador.²¹

¹⁸ Ibidem, p. 18.

¹⁹ GÖSSEL, Karl Heinz. La verdead en el proceso penal ¿Es encontrada o construida? In: DONNA, Alberto. **El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 23.

²⁰ Para Juan Montero Aroca, a distinção entre sistema acusatório e inquisitivo já não faz nenhum sentido, posto que na verdade, só em relação ao primeiro seria possível falar de processo, propriamente. Observa esse autor: “*El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no puede ser, un verdadero proceso [...] El proceso acusatorio si es un verdadero proceso [...]*” AROCA, Juan Montero. **El derecho procesal en el siglo XX**. Cidade do México: Tirant lo Blanch, 2000, p. 106.

²¹ GOMES, André Luís Callegaro Nunes. Uma herança inquisitiva no sistema processual penal acusatório. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 164, p. 06-07, 2006, p. 6.

Segundo Mirabete, no sistema acusatório, autor e réu estão situados no mesmo patamar, encontrando-se abaixo somente do julgador, que, por sua vez, garantirá a aplicação da lei, sem que seja possível a iniciação do processo por parte do Magistrado.²²

Aplica-se, portanto, o princípio da dialética, ou seja, a verdade somente será acertada se as funções processuais forem dispostas a sujeitos que representam pólos opostos, na qualidade de acusação e defesa. Deste modo, o juiz somente pode fundamentar sua decisão com base naquilo que as partes trouxeram a sua análise, estimulada pelo contraditório e pela ampla defesa.²³

Já o sistema inquisitório, que, segundo Pitombo, é firmado no princípio da autoridade, a verdade somente será encontrada se o julgador acumular todas as funções, sem qualquer imparcialidade e limites probatórios. Neste modelo processual, todos os meios de prova são válidos, contanto que a “melhor” verdade seja atingida ao final, o que caracteriza evidente abuso de poder, central e absoluto.²⁴

Ada Pellegrini Grinover faz uma comparação, de maneira sintética, o que distingue o modelo acusatório do inquisitório. O sistema acusatório, teria as funções de acusar, defender e julgar atribuídas a órgãos distintos. No sistema inquisitório, as funções estariam reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente.

Nas palavras de Grinover, “é só no processo acusatório que o juízo penal é o *actum trium personarum*, (...) enquanto no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, (...) não se tratando de processo genuíno, mas sim de forma autodefensiva da administração da justiça”.²⁵

Para Aury Lopes Jr. e Jacinto Coutinho, a principal característica deste sistema é a premissa de que não se pode haver coincidência subjetiva entre o poder de acusar e julgar, ou seja, o órgão que apresenta a acusação não necessariamente deve ser o mesmo a julgar.

²² MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 21.

²³ TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 16.

²⁴ PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. Considerações iniciais sobre a lei 11.690/08. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 188, 2008, p. 12.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 75.

Assim, a essência estaria na gestão da prova, não pode ser acusatório um sistema em que, mesmo havendo separação de funções, o juiz tenha iniciativas probatórias *ex officio*, pois seria difícil imaginar que o sujeito promotor da tese acusatória esteja apto a julgar com imparcialidade.²⁶

Em decorrência dos inúmeros dispositivos constantes do CPP que evidenciam claramente a adoção do sistema inquisitório, bem como o fato de o modelo acusatório ser o adotado pela CRFB de 1988, Lopes Jr. classifica o sistema processual penal como **neoinquisitorial**, ou seja, uma espécie de inquisição reformada, pois mantém a iniciativa probatória em poder do magistrado, e ao mesmo tempo possui características acessórias mais afins com o modelo acusatório.

1.1.4 Garantias processuais no procedimento probatório

Nesse sentido, em que pese as normas de caráter inquisitivo do CPP, temos que as garantias trazidas pela CF de 1988, bem como pelas alterações legislativas aos diplomas legais mencionados, traduzem o objetivo do legislador em transformar o sistema acusatório no modelo predominante.

Dessa forma, podemos observar a necessidade de utilizarmos o processo penal como um instrumento neutro da jurisdição, visando a preservação e o respeito às regras do devido processo legal.²⁷

James Goldschmidt afirma que a estrutura do processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de sua Constituição.²⁸ Partindo dessa experiência, o predomínio de um ou outro sistema não é mais do que um trânsito do direito passado ao direito futuro.

²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 223; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Nota Dez, 2001.

²⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **Atividade do Juiz Criminal Frente à Constituição: Deveres e Limites em Face do Princípio Acusatório. Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 216.

²⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 29.

Assim, falar de um modelo racional de investigação sobre a verdade fática implica falar de uma verdade processual, normatizada e estritamente vinculada à observância de certas garantias processuais, que teriam como missões básicas, segundo Ferrajoli²⁹, garantir a necessidade da prova ou verificação; garantir a possibilidade de contraprova, ou refutação; garantir a decisão imparcial e motivada por parte do juiz.

Nos dizeres de Geraldo Prado:

(...) Um processo de partes, visto quer do ponto de vista estático, por meio da análise das funções significativamente designadas aos três principais sujeitos, quer do ponto de vista dinâmico, ou seja, pela observação do modo como relacionam-se juridicamente autor, réu, seu defensor e juiz no exercício das mencionadas funções.³⁰

É essa “ambição de verdade” que, segundo Khaled Jr³¹, nunca deixa de perigosamente rondar o processo penal, devendo ser limitada, como limitado deve ser o poder ao qual ela adere para se realizar. A ambição de verdade acaba por matar o contraditório e, portanto, o ponto nevrálgico do processo penal democrático e constitucional.

1.2 Direito à prova

1.2.1 Natureza e titularidade do direito à prova

Segundo Paolo Tonini³² o direito à prova compreende o direito de todas as partes de buscar as fontes de prova, requerendo a admissão do respectivo meio, participar de sua produção e apresentar uma valoração no momento das conclusões.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover³³, o direito subjetivo à prova é um direito público ou cívico, na medida em que tem como sujeito passivo o Estado, representado pelo órgão jurisdicional, o qual está obrigado a tornar efetivas as postulações das partes em relação às atividades probatórias, desde que legítimas.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op cit., p. 19.

³⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

³¹ KHALED JUNIOR, Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 151.

³² TONINI, Paolo. Op. cit., p. 17.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 45.

As partes, titulares deste direito, devem estar em plenas condições de influir ativamente em todas as operações desenvolvidas para constituição da matéria probatória – devendo o exercício deste direito permear o fenômeno probatório em sua integralidade, apesar da doutrina processual não ser uniforme na identificação dos diversos momentos probatórios.

Nesta toada, Ferrer Beltrán³⁴ propõe os seguintes elementos que caracterizam o direito a prova: o direito de se utilizar todas as provas que se dispõe para demonstrar a verdade dos fatos que fundam a pretensão; o direito de produzir os meios de prova no processo; o direito à valoração racional das provas produzidas e a obrigação de motivar as decisões judiciais.

Entende-se que âmbito de proteção dessa norma seja o direito de todas as partes de buscar as fontes de prova, requerendo a admissão do respectivo meio, participar de sua produção e apresentar uma valoração no momento das conclusões.

Magalhães Gomes Filho constata que o direito à prova também compreende três faculdades: de um direito à investigação, pois a faculdade de procurar e descobrir provas é fundamental para seu exercício; a de um direito à proposição (indicação, requerimento) de provas; e um direito à admissão das provas propostas, indicadas ou requeridas.

O direito à prova também se manifesta no momento em que a prova é introduzida no processo, assegurando a participação dos interessados no ato de produção – seja por meio de impugnações, perguntas, críticas e eventuais recursos, efetivando o contraditório na instrução criminal como requisito da própria atividade jurisdicional.

Forçoso incluir como corolário dos poderes e faculdades descritos por Gomes Filho o direito à valoração das provas existentes no processo, uma vez que, formado e justificado o convencimento judicial por meio de mecanismos probatórios, motivada torna-se a sentença e efetivado o direito à prova.³⁵

Quanto à existência de um direito subjetivo à prova em nosso ordenamento, temos que, tradicionalmente, a relação entre as partes e a prova tem sido tratada pela doutrina processual

³⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 54.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antônio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 108.

em termos de ônus (ou seja, uma ótica negativa), refletindo a ideia do formalismo positivista que traz consigo a ideia de que o processo constitui mero instrumento de pacificação dos conflitos.³⁶

Já a visão positiva do direito à prova corresponde ao reconhecimento à parte de um direito de “empregar todas as provas de que dispõe, com o fim de demonstrar a verdade dos fatos que fundamentam sua pretensão”.³⁷

1.2.2 Breve panorama histórico do direito à prova na legislação ordinária brasileira

O Código de Processo Penal de 1832 estabelecia em seu art. 84 que as testemunhas seriam oferecidas pelas partes, ou mandadas chamar pelo Juiz *ex officio*.

Em seu art. 234, ao disciplinar as formalidades da sessão de julgamento pelo Jury de Sentença, também previa a inquirição direta das testemunhas, tanto pela acusação quanto pela defesa.

Nesse ínterim, a inquirição das testemunhas da acusação e da defesa era feita durante os debates, após a primeira manifestação oral de cada uma das partes. Trata-se de um sistema semelhante ao modelo anglo-americano de *cross examination*, ou seja, inquirição direta das testemunhas perante o júri, conforme dita o art. 265 daquela lei vigente.

Deste modo, segundo Magalhães Gomes Filho³⁸, o sistema processual penal brasileiro sempre foi escrupuloso em relação às garantias das partes, seja quanto à iniciativa probatória, seja relativamente ao respeito do contraditório no momento da produção das provas.

As nossas Constituições também sempre incluíram, entre os direitos individuais, cláusulas consagradoras do direito à prova. Citem-se os art. 72, §16º da Constituição de 1891; em 1934, o art. 113, n. 25; na carta do Estado Novo, de 1937, o art. 122, n. 11; no texto de 1946, o art. 141, §25º; na Carta de 1967, o art. 150 §§15º e 16º, e, ainda, na EC nº 1 de 1969, o art. 153, §§16 e 16º.

³⁶ VERDE, Giovanni. *L'onere della prova nel processo civile*. Camerino: Jovene, 1974, p. 37.

³⁷ TARUFFO, Michelle. Op. cit., p. 121.

³⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 77.

No entanto, a consagração definitiva do direito à prova no Brasil só veio a ocorrer com a incorporação, no nosso ordenamento, das garantias contidas no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica --, assinada em novembro de 1969, veio finalmente a ser ratificada pelo Brasil e passou a integrar o direito interno por força do Decreto Executivo n. 678, de 6 de novembro de 1992.

Trata-se de um diploma rico em garantias processuais penais, as quais integram o rol dos direitos fundamentais, por força do disposto no art. 5.o, § 2.o, da Constituição brasileira:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A EC nº45/2004, felizmente, conferiu tratamento de norma constitucional aos tratados e convenções internacionais que versassem sobre direitos humanos estabelecendo que para tanto o tratado ou convenção deva ser aprovado por um quórum especial (três quintos nas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos).

O Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8, traz uma série de garantias judiciais, consagrando os princípios gerais da técnica jurídica, quais sejam: princípio da legalidade, do contraditório, da lei criminal *ex post facto*:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

- d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
 - h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Gomes Filho conclui que esta garantia do direito à prova é dotada de estatura e dignidade constitucionais, na medida em que reforça o rol do art. 5º da Lei Maior, respeitada a hierarquia entre as regras de direito internacional e interno³⁹, tornando expresso este direito que se entendia implícito em nosso sistema de garantias fundamentais.

1.2.3 Limitações do direito à prova

O direito à prova não é um princípio absoluto, mas restringível, relativizado, a fim de limitar a busca de punição do imputado a qualquer custo. Ao mesmo tempo, pode ser ampliado a fim de oferecer-lhe meios de se defender contra eventuais arbitrariedades - ou quando, por razões práticas, limita o número de testemunhas a serem arroladas em júízo ou quando, por razões legais, existe a necessidade de comprovação civil de determinado fato.⁴⁰

Intimamente relacionado com as questões anteriores, especialmente a compreensão dos modos de construção do convencimento do juiz, os limites à atividade probatória surgem como decorrência do nível de evolução do processo penal que conduz à valoração da forma dos atos processuais enquanto “garantia” a ser respeitada.

Nessa linha, num processo de partes, as restrições do direito à prova de uma delas assegura o direito da parte contrária a uma prova corretamente obtida, produzida e valorada, ou seja, um direito à exclusão das provas que contrariem o ordenamento.

³⁹ Esta hierarquia é a questão cuja solução depende do direito constitucional de cada país. ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de Aréchaga. *La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1988.

⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 242.

Esses limites probatórios podem ter fundamentos políticos, como em relação à proibição de introdução de provas obtidas com violação de direitos fundamentais, ou processuais, quando se excluem provas impertinentes, irrelevantes, ou que conduzem o julgador a uma avaliação errônea⁴¹.

Iniciaremos o próximo capítulo com a abordagem da ilicitude da prova que, trazida à baila pela Constituição Federal de 1988, permitiu que se assegurasse a busca de uma verdade no processo legalmente permitida, caso contrário, seria inadmissível valer-se dela.

⁴¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 92-93.

CAPÍTULO II - A DISCIPLINA DA ILICITUDE PROBATÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Da prova ilícita

2.1.1 Conceito de prova ilícita: diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas

A doutrina brasileira adotou, até os dias atuais, a divisão do conceito entre provas ilícitas e provas ilegítimas introduzida por Ada Pellegrini Grinover no Brasil e inaugurada por Pietro Nuvolone na Itália. A doutrina desenvolve os conceitos de prova vedada ou ilegal, como gênero, sendo a prova ilícita e a prova ilegítima suas subespécies.

Com apoio da terminologia desenvolvida por Nuvolone, pode-se afirmar que a prova é ilegal (ou vedada) em sentido absoluto quando o direito proíbe, em qualquer caso, a sua produção. Haverá prova vedada em sentido relativo quando, embora admitido o meio de prova, condiciona-se a sua legitimidade à observância de determinadas formalidades.⁴²

Nas próprias palavras do mestre italiano⁴³:

Prova vietata significa prova che, in senso assoluto, o in senso relativo, è contraria a una specifica norma di legge o a un principio del diritto positivo.
La prova è vietata in senso assoluto, quando il diritto proibisce in ogni caso, qualunque ne sia il modo di assunzione, l'acquisizione di una certa prova da un punto di vista generale o limitatamente a un determinato oggetto; tale è, per il diritto italiano il caso delle cosiddette perizie psicologiche (art. 314 cod. proc. pen.).
La prova è vietata in senso relativo, quando l'ordinamento giuridico, pur ammettendo un certo mezzo di prova (ad esempio, l'interrogatorio dell'imputato), ne condiziona la legittimità all'osservanza di determinate forme. (...).
Anzitutto, ricordiamo la distinzione da noi prospettata tra divieti di prova di natura processuale e divieti di prova di natura sostanziale.
La distinzione ha importanza, ma non con riferimento alla collocazione della norma, bensì con riferimento alla sua intima natura.
Un divieto ha natura esclusivamente processuale, quando è posto in funzione di interessi attinenti unicamente alla logica e alle finalità del processo; un divieto ha natura sostanziale, allorché, pur servendo mediatamente anche interessi processuali, è posto essenzialmente in funzione dei diritti che l'ordinamento riconosce ai singoli, indipendentemente dal processo.⁴⁴

⁴² FERNANDES. Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 210.

⁴³NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. **Rivista Di Diritto Processuale**, Padova, ano 23, n 3, 2016, p. 442-475.

⁴⁴ "Prova ilegal (ou vedada) é aquela prova de que, em sentido absoluto ou relativo, é contrária a um estado de direito específico ou a um princípio de direito positivo. A prova é ilegal em sentido absoluto, quando a lei a proíbe, em qualquer caso, seja qual for a forma de assunção, a aquisição de uma determinada prova de um ponto

La violazione del divieto costituisce in entrambi i casi un'illegalità; ma mentre, nel primo caso, sarà solo un atto illegittimo, nel secondo caso sarà anche un atto illecito.

Segundo Nuvolone, a prova será **ilegítima** sempre que houver violação do ordenamento como um todo, quer sejam de natureza material ou meramente processual. Ao contrário, será **ilícita** a prova quando sua proibição for de natureza material, quando for obtida ilicitamente.

A violação de uma vedação sempre será ilegal, mas, enquanto a violação de impedimento de ordem processual faz com que o ato seja ilegítimo, a violação de uma proibição de natureza substancial torna o ato ilícito.

Na mesma linha, segundo Assis Moura⁴⁵, uma prova é denominada **ilegítima** quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo.⁴⁶

A **prova ilícita** é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo). Nesse caso, explica a autora que, embora servindo, de forma imediata, também a interesses processuais, é vista, de maneira fundamental, em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo. Em geral, ocorre uma violação da intimidade, privacidade ou dignidade.⁴⁷

de vista geral ou limitada a um objeto específico; é o caso da lei italiana para as chamadas pesquisas psicológicas (artigo 314 do Código Penal italiano).

A prova é ilegal em um sentido relativo quando o sistema jurídico, embora admita certos meios de prova (por exemplo, o interrogatório do acusado), condiciona sua legitimidade à observância de certas formas (...).

Antes de mais, recordemos a distinção que consideramos entre proibições de prova de natureza processual e proibições substantivas de prova. A distinção é importante, mas não em relação à colocação da norma, e sim em referência à sua natureza íntima. Uma vedação é de natureza exclusivamente processual, quando é definida em função de interesses que pertencem apenas à lógica e ao objetivo do processo; uma vedação tem uma natureza substancial, quando, embora também atenda a interesses processuais, é essencialmente baseada nos direitos que a lei reconhece aos indivíduos, independentemente do processo” (tradução própria).

⁴⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, I, n. 0, fev 2000, p. 13.

⁴⁶ Como exemplos, temos a juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida como o são as declarações escritas e sem contraditório, entre outros.

⁴⁷ Neste caso, temos como exemplos a interceptação telefônica ilegal, quebra ilegal do sigilo bancário, fiscal etc.

Em síntese, a teoria de Pietro Nuvolone poderia assim ser resumida: prova ilícita é aquela que ofende um direito material, enquanto a prova ilegítima é aquela que ofende um direito processual.

Nos termos de Miranda Estrampes, a origem dessa ilicitude da prova se encontra precisamente no momento de sua obtenção quando ocorre a violação à norma jurídica.⁴⁸

2.1.2 Teoria restrita e ampla da ilicitude da prova

A **teoria restrita da ilicitude** da prova, segundo Estrampes, define a “prova ilícita” como a obtida ou a produzida com violação tão somente aos direitos fundamentais constitucionais.⁴⁹ Por essa teoria, não são provas ilícitas as decorrentes de violações às normas diferentes das constitucionais. Por outro lado, a **teoria ampla da ilicitude** da prova define a “prova ilícita” como aquela contrária a uma norma de Direito, isto é, obtida ou produzida com violação às normas do ordenamento jurídico.

De acordo com a reforma no Código Penal introduzida pela Lei 11.690 de 2008, considera-se a adoção pelo legislador brasileiro da teoria ampla da ilicitude da prova, conforme os ditames do artigo 157, *caput*, que mais adiante será nosso objeto de estudo no item 2.2.3.

Por consequência lógica, temos que **provas lícitas** são, portanto, aquelas obtidas de forma correta, sob a prescrição da lei e da ética. Segundo o art. 369 do Código de Processo Civil, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados nele, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. Toda prova que foge desse parâmetro é ilícita e, portanto, imprestável:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

⁴⁸ ESTRAMPES, Manuel Miranda. **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal**. Barcelona: JMB, 1999, p. 17-18

⁴⁹ *Ibidem*, p. 22-23.

2.2 Da (in)admissibilidade da prova ilícita na legislação pátria

2.2.1 Conceito de (in)admissibilidade⁵⁰

Gomes Filho apresenta a (in)admissibilidade da prova como um conceito de direito processual, que consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos.⁵¹

Importante, nesse sentido, a diferenciação feita pelo autor entre *(in)admissibilidade* e *nulidade* das provas processuais, amplamente ligadas às noções de (in)validade e (in)eficácia dos atos processuais. Isto porque a desconformidade dos atos processuais em relação aos modelos traçados pelo legislador pode levar à invalidade e à ineficácia das normas.

Provas inadmissíveis não se confundem com as provas nulas, uma vez que a nulidade é pronunciada num julgamento posterior à realização do ato, no qual se reconhece a sua irregularidade, invalidade e ineficácia – não sendo, por sua vez, automático e podendo o ato praticado irregularmente vir a ser considerado válido e eficaz.⁵²

A inadmissibilidade, por outro lado, decorre de uma apreciação feita antecipadamente, impedindo que a irregularidade se consuma, operando em momento anterior à prática ou ao ingresso do ato no processo e impedindo a produção de qualquer efeito válido, aproximando-se de uma ideia de inexistência do ato vedado por lei. Assim, a inadmissibilidade tenta evitar o ingresso de uma ação processual irregular, ao mesmo tempo em que a nulidade tenta expulsar a ação irregular já incorporada ao procedimento.⁵³

⁵⁰ Para a elaboração do presente trabalho, utilizei o termo (in)admissibilidade, ante sua habitual formulação em termos negativos (inadmissibilidade, proibição de prova e “exclusionary rules”).

⁵¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 92-93.

⁵² Ibidem, p. 94.

⁵³ MAIER, Julio. **Función normativa de la nulidade**. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 141. (Tradução própria).

2.2.2 Correntes doutrinárias acerca da (in)admissibilidade da prova

Pode-se inferir que a maior parte da doutrina possui entendimento de que, por mais relevante que sejam os fatos pela prova ilícita apurados, a mesma deve ser banida do processo, já que subsume-se ao conceito de inconstitucionalidade.⁵⁴

No entanto, existem posicionamentos contrários – segundo Fábio Aguiar Munhoz Soares⁵⁵, a teoria que se mantém favorável ao uso da prova ilícita no processo penal assume que tal tipo de prova deve ser admitido porque o fim maior da ação penal é a verdade, sendo a prova ilícita eivada da finalidade de afastar o julgador deste descobrimento.

Para Adalberto Aranha, a corrente permissivista deve ser aplicada ao ofensor que fez uso de prova ilícita a sanção/penalidade correspondente, mas não pode jamais a mesma ser afastada do processo, já que não se trata de questão processual.⁵⁶

À vista disso, devem ser afastadas do processo as provas que violam normas instrumentais, devendo permanecer a prova ilícita, uma vez que, processualmente válida, incide somente punição ao ofensor.

Em sequência, dentre as orientações contrárias à admissibilidade da prova ilícita, temos como principal corolário a teoria da ilicitude por derivação⁵⁷, também chamada de “teoria dos frutos da árvore envenenada”, que repugna absolutamente a teoria da admissibilidade, sob o fundamento de que o direito é único, não composto por áreas isoladas. Desse modo, sendo a prova ilícita, haverá afronta ao direito como um todo, não sendo admissível no processo, ainda que não seja instrumental a norma violadora.

Nas palavras de Adalberto Aranha, “pela citada teoria, a prova que é em si mesma lícita, mas produzida através de um meio ilegal, a despeito de ser regular, contaminaria com o vício de origem que a contaminaria irremediavelmente”.⁵⁸

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit., p. 130.

⁵⁵ SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Prova ilícita no processo: de acordo com a nova reforma do Código de Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 139.

⁵⁶ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 63.

⁵⁷ A ser estudada no item 2.4.

⁵⁸ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 64

Outra teoria contrária à admissão da prova ilícita é aquela pautada no princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado. Nesse sentido, devem-se punir os criminosos e combater a prática delitiva, mas através de atos e princípios inatingíveis, diante da presunção de legalidade e moralidade que possui o Estado de Direito.

A última corrente que inadmite a prova ilícita, citada por Aranha, é a de que toda prova ilícita ofende a Constituição Federal. Nessa feita, toda vez que a prova é colhida ilicitamente, tal ato constituirá uma ofensa a um direito fundamental protegido pela Carta Magna. Por isso, estará eivada de inconstitucionalidade.⁵⁹

2.2.3 Análise dos dispositivos referentes à (in)admissibilidade da prova ilícita

O artigo 5º, LVI, da Constituição Federal brasileira de 1988, prevê que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”⁶⁰.

Antes da Constituição enunciar a **inadmissibilidade** das provas ilícitas, Mendes de Almeida se manifestou em sua obra *Princípios Fundamentais do Processo Penal*, dizendo que o direito à prova já sofria uma espécie de limitação⁶¹:

(...) Todos os gêneros e espécies de prova podem ser objeto de investigação. E devem se sempre que necessários à descoberta da verdade. A limitação da liberdade investigatória só é admissível quando a discricção e arbítrio policiais possam representar uma injusta lesão a direitos individuais e suas garantias. Por isso, cerceia-se, mui justamente, a liberdade de investigação, quando, por exemplo, envolva invasões domiciliares, buscas e apreensões forçadas, detenções prolongadas (MENDES DE ALMEIDA, p. 61).

No artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, fez-se uso do termo “*inadmissíveis*”, termo esse que não abre margem para o operador da norma sopesar as circunstâncias do caso concreto e verificar a conveniência de admitir ou não provas ilícitas.

⁵⁹Ibidem, p. 65.

⁶⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

⁶¹ ALMEIDA, Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 61.

Nos dizeres de Castanho de Carvalho, a “Constituição resolveu esse difícilíssimo problema de opção legislativa proibindo, de modo absoluto, a produção de prova ilícita. Não há que se discutir sobre as diversas correntes (...) não há o que se interpretar: a Constituição consagrou a inadmissibilidade da prova ilícita”.⁶²

Admitir, portanto, uma prova ilícita como suporte para uma condenação viola toda a lógica que o mandamento pretende justamente resguardar, qual seja, a integridade do Estado.⁶³

Partindo de uma análise da estrutura normativa do inciso LVI do art. 5º da Constituição, pela “teoria dos princípios” de Alexy, temos que esta deve ser interpretada como “regra”. Primeiramente porque é uma espécie de norma que deve ser cumprida na maior medida possível e diante das condições fáticas.

Luis Roberto Barroso propôs três critérios de exame da estrutura normativa do referido inciso: pelo tipo de conteúdo (normativo-axiológico), pela estrutura normativa e pelo seu modo de aplicação.⁶⁴

Em relação ao tipo de conteúdo, trata-se de uma norma-regra, pois prescreve uma determinada conduta previsível e objetiva. Na perspectiva da estrutura normativa, a regra prevê um fato com seu respectivo efeito jurídico. No modo de aplicação, a regra constitucional descrita deve ser aplicada em todos os casos relativos à prova se houver ilicitude em sua produção.

A vedação constitucional à admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos foi feita de maneira genérica para todos os tipos de processo. A sua regulamentação, no entanto, foi feita somente no âmbito do processo penal, por meio da alteração do artigo 157 do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690/2008:

⁶² CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal (em face da) constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 97.

⁶³ ZILLI, Marcos. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no direito penal internacional: duas cabeças, duas sentenças. *In*: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). **Proibições probatórias no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 88.

⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198.

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

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

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

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

Este dispositivo trouxe um novo conceito legal para provas ilícitas como sendo aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, sem definir se tais normas tutelam direitos fundamentais ou quaisquer outros, e sem definir se seriam normas de natureza material ou processual.

Giacomolli defende que a afronta a uma norma infraconstitucional de natureza processual, em matéria probatória, passaria a ser considerada como prova ilícita, ultrapassando a violação constitucional e alcançando a violação de regras processuais.⁶⁵

Magalhães Gomes Filho critica a redação do caput do artigo 157 sustentando não ter sido a melhor a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, que, ao invés de esclarecer o sentido da previsão constitucional, termina por levar a equívocos, podendo fazer crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implicaria ilicitude da prova.⁶⁶

Scarance Fernandes defende que o caput art. 157 deve ser interpretado seguindo a identificação de provas ilícitas com àquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais de cunho material, entender como normas legais apenas as de natureza material, precipuamente as que definem as infrações penais.⁶⁷

Manuel Serra Domínguez classifica em três as causas que motivam a ilicitude: a) violação às provas expressamente proibidas pela lei; b) violação às específicas formalidades legais na obtenção ou na produção de provas; e c) violação aos direitos fundamentais das pessoas reconhecidos na Constituição no momento da obtenção ou da produção de provas.⁶⁸

⁶⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 38.

⁶⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 266.

⁶⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 86.

⁶⁸ DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Comentários al Código Civil y compilaciones forales*. Madrid: Revista de

A partir da redação conferida ao art. 157, *caput*, do CPP, diz Nucci que é nítida a inclusão, no termo *provas ilícitas*, daquelas que forem produzidas de modo que infrinjam a norma constitucional ou qualquer lei infraconstitucional (direito material ou processual), pois não fez o referido art. 157 nenhuma distinção. Este é, pois, o gênero e não a espécie.⁶⁹

Lopes Júnior posiciona-se no mesmo sentido, defendendo a manutenção da clássica distinção doutrinária entre provas ilícitas e ilegítimas, apesar da redação conferida ao caput do artigo 157 do Código de Processo Penal. Assim, o autor identifica as provas ilícitas com àquelas obtidas em desconformidade com a Constituição Federal ou com leis materiais.⁷⁰

Quanto ao termo “*inadmissíveis*”, o legislador aponta para a invalidade e ineficácia das provas, estabelecendo que estas não podem ser consideradas válidas, nem gerar efeitos no processo.

Em relação aos referidos efeitos, Taruffo⁷¹ esclarece que a inadmissibilidade, na medida em que refreia os efeitos da prova no processo, impõe que a prova não desempenhe no âmbito desse processo função alguma - se se observar a função que a prova desenvolve no curso do processo, constata-se facilmente que a prova é um fator ou um elemento de conhecimento que entra em um procedimento complexo, orientado para a formação de um juízo final relativo à confiabilidade de uma afirmação (ou de um conjunto de afirmações) sobre um fato relevante para a decisão.

Por pertencer à Constituição Federal, a vedação das provas ilícitas é “uma regra posta a serviço do princípio que declara as diversas espécies de inviolabilidade previstas no artigo 5º da Constituição: intimidade, vida privada, honra, imagem, domicílio, correspondência postal e comunicações em geral”.⁷²⁷³

Deste modo, combinando os métodos acima referidos, se pretendemos igualar a sistemática da inadmissibilidade das provas ilícitas à nulidade das provas ilegítimas e alinhar-

Derecho Privado, 1991, p. 95.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 350.

⁷⁰ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 581-582.

⁷¹ TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 418.

⁷² CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Op. cit., p. 97.

⁷³ Citem-se, por exemplo, os incisos III, X, XII e XII, do art. 5º da Constituição Federal.

se à posição mais atual, que identifica as provas ilícitas com àquelas que ofendam normas de direitos fundamentais e não meramente materiais, sugere-se a seguinte interpretação para o referido dispositivo legal: “são provas ilícitas àquelas obtidas em ofensa a direitos fundamentais, notadamente com a prática de condutas tipificadas como crimes pela legislação penal”.

A tal conclusão chega-se também mediante uma análise lógica dos dispositivos insertos no artigo 5º, inciso LVI da CF e artigo 157 do CPP, e uma análise sistemática, envolvendo todo o ordenamento – não sendo possível, portanto, sustentar a interpretação meramente gramatical feita do *caput* do artigo 157 do CPP, a pretender que sejam também consideradas ilícitas as provas produzidas com irregularidades processuais, que permanecem sendo provas ilegítimas.

2.3 Princípio da proporcionalidade

Vimos nos itens anteriores que, ao analisarmos as teorias que admitem, mesmo que excepcionalmente, o uso de provas obtidas ilicitamente, notamos que estas passam ao largo das teorias dos direitos fundamentais e, por conseguinte, dos princípios consignados na Magna Carta.

Magalhães Gomes Filho, ao confrontar a questão da proibição da prova como forma de proteção a um direito fundamental e do direito que possui o réu de provar a sua inocência, entendeu que deve esta prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição de um inocente, resultando em impunidade.

Em linhas gerais, a teoria dos direitos fundamentais de Alexy visa buscar um procedimento para a solução dos problemas de colisão de princípios em relação à (in)admissibilidade da prova ilícita, introduzindo elementos reguladores do processo argumentativo dos direitos fundamentais.

Segundo Ávila, enquanto as regras já contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas e já devem estabelecer as relações de precedência no caso concreto, os princípios ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, tendo

em conta as possibilidades jurídicas e fáticas, não tendo conteúdo determinado com respeito a princípios contrapostos e às possibilidades fáticas.⁷⁴

Nessa alçada, pertinente é a análise do princípio da proporcionalidade como procedimento de mediação de eventuais colisões de princípios e, neste caso, com os denominados direitos fundamentais.

No confronto de princípios fundamentais num caso concreto, a aplicação do princípio da proporcionalidade consolida-se através análise do peso de cada um e o estabelecimento de qual é o mais importante, ou seja, qual princípio vale mais no caso concreto e determinar que este seja considerado e não o outro. Para que seja realizada essa ponderação é necessária a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade da medida⁷⁵

2.3.1 (In)admissibilidade da prova ilícita a favor do réu

O princípio da proporcionalidade *pro reo*, nesse caso, é aplicado através da permissão de uso de uma prova ilícita em favor do acusado, ainda que aceita com contradição a direitos fundamentais próprios ou de terceiros.⁷⁶

Segundo Greco Filho, “uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente (...) teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal”.⁷⁷

Nesse sentido, a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção de prova.⁷⁸

⁷⁴ ÁVILA, Thiago Andre Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília Brasília, 2006.

⁷⁵ SALLA, Thomas Mío. **As provas Ilícitas e o princípio da Proporcionalidade.** Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/616/631>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁷⁶ FARAH, Geisa Matos. **Prova Ilícita e sua aplicação no processo penal.** Disponível em:

<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/849/826>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁷⁷ GRECO FILHO, Vicente. Tutela Constitucional das Liberdades. *In*: FERNANDES. Antônio Scarance.

Processo penal constitucional. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 81.

⁷⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 356.

Nessa linha, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho afirmam ser a manifestação da proporcionalidade “a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros”.⁷⁹

Na mesma linha, Rangel⁸⁰ aponta o acerto da aplicação da chamada *teoria da exclusão da ilicitude*, em que a conduta do réu ao obter a prova ilícita está amparada pelo direito (causa de exclusão da ilicitude) e, portanto, essa prova não pode mais ser considerada ilícita.

Lopes Júnior ressalta que a prova ilícita que serviu para a absolvição do inocente não pode ser utilizada contra terceiros, na medida em que essa inadmissão está vinculada ao processo, não podendo ser invocada a proporcionalidade neste caso.⁸¹

A jurisprudência não é pacífica, mas há acórdãos acolhendo esse entendimento de que é a teoria mais adequada ao processo penal e ao conteúdo de sua instrumentalidade, na medida em que o processo penal é um instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

2.4 Prova ilícita por derivação

A Reforma do Código de Processo Penal de 2008, trazida pela Lei 11.690/08, foi decisiva para uma consolidação da adoção da teoria da ilicitude por derivação, ou seja, a de que toda ilicitude inicial à prova originária contaminaria aos elementos de prova dela decorrentes. Sendo assim, em regra, inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.

Com o advento referida lei, a problemática da contaminação foi assim disciplinada:

Art. 157

(...)

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

⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antônio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit., p. 127.

⁸⁰ RANGEL, Paulo. **Direito processual Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro; Lúmen Juris, 2004, p. 189.

⁸¹ LOPES JUNIOR., Aury. Op. cit., p. 357.

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

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

Após a leitura dos parágrafos do art. 157, extraem-se as seguintes regras: a inadmissibilidade da prova derivada; a não contaminação quando não for evidenciado o nexo de causalidade; a não contaminação quando a prova puder ser obtida por fonte independente da ilícita; e o desentranhamento e inutilização da prova considerada ilícita.⁸²

Para Gustavo Badaró, anteriormente à Reforma dada pela Lei 11.690/08, a posição mais razoável e que melhor garantia os direitos individuais era aquela que reconhecia a ilicitude da obtenção da prova, transmitindo-se às provas derivadas, que, igualmente, deveriam ser consideradas inadmissíveis no processo.

Mirabete explica que o Supremo Tribunal Federal tinha o entendimento de que “na falta de regulamentação específica, vigora em nosso ordenamento jurídico a regra do direito americano revelada pela expressão “*fruit of the poisonous tree*” (frutos da árvore envenenada)”.⁸³⁸⁴

Esse posicionamento, aliás, já vinha sendo aventado pelo Supremo Tribunal Federal desde 1993, com um precedente de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em Sessão Plenária de 30 de junho daquele ano.⁸⁵ Após esse precedente inicial, a adoção da teoria da ilicitude das provas por derivação consolidou-se no STF.

2.4.1 Mitigações (ou exceções) à teoria da ilicitude por derivação

A prova ilícita por derivação é uma decorrência da inadmissibilidade de elementos de prova obtidos de forma ilegal, porém, segundo Takayanagi, essa regra não é absoluta, uma vez que a doutrina e jurisprudência norte-americanas criaram mitigações a fim de aceitar, em

⁸² Ibidem, p. 358.

⁸³ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 257.

⁸⁴ Sobre o assunto, item 3.X, onde serão estudados os contextos das exceções à prova ilícita por derivação no direito estadunidense.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 69.912-0/RS. Relator Ministro Sepúlveda Pertence - DJU 26.11.1993.

determinados casos, tais elementos de prova derivados, sendo incorporadas no Código de Processo Penal nos parágrafos do art. 157.⁸⁶

2.4.1.1 Nexo causal atenuado (“attenuated connection”)

O §1º do art. 157 do Código de Processo Penal dita que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras (...)”. Para que se configure a hipótese em questão, faz-se necessário demonstrar a inexistência de nexo causal entre as duas provas.

A teoria do nexos causal atenuado é aquela cujo liame entre a prova ilícita e a dela derivada se dissipa, torna-se tênue, permitindo que esta seja admitida afastando a contaminação pela ilicitude.⁸⁷

Na visão de Lopes Jr., a noção de nexos causal deve ser ampliada quando se tratar de reconhecimento da contaminação, ou seja, “até que se demonstre o contrário, a prova produzida na continuação daquela ilícita deverá ser tida como contaminada, desde que mantenha um mínimo de relação causa-efeito; nessa lógica, se ficar evidente a independência, não há que se anular as demais provas.⁸⁸

Giacomolli posiciona-se no seguinte sentido: “se não há nexos causal, se poderia falar em prova derivada? Penso que não, pois não haveria dependência e nem conexão”.⁸⁹

Magalhães Gomes Filho, na mesma linha, tocante ao nexos de causalidade, afirma que:

(...) Era perfeitamente desnecessária a previsão normativa, na medida em que o conceito de prova derivada supõe, por si só, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda. Se o vínculo não estiver evidenciado, é intuitivo que não se trata de prova derivada. Mas, apesar de redundante, essa parte do texto legal não parece trazer inconvenientes na sua aplicação.⁹⁰

⁸⁶ TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. **Críticas às exceções legais às provas ilícitas por derivação no processo penal brasileiro e análise da jurisprudência após a reforma da lei 11.690/08**. Dissertação (mestrado), Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, 2014, p. 49.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 155.

⁸⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 597.

⁸⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. cit.*, p. 43.

⁹⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Op. cit.*, p. 268.

Para Scarance Fernandes, o legislador tentou, com a reforma processual, incorporar limitações ao direito brasileiro, sendo que a primeira limitação consistiria na exigência de nexo de causalidade entre a prova ilícita e a dela derivada. “Não se trata, na realidade de uma limitação, mas de uma explicitação de que sem aquele nexo não há contaminação de uma prova por outra.”⁹¹

Diante do exposto, resta claro que houve apenas a tentativa, por parte do legislador, de afirmar que o nexo de causalidade geraria a contaminação da ilicitude e, sem esse nexo, haveria independência dos elementos de prova.

Em cumprimento ao princípio da legalidade e às garantias constitucionais, o texto normativo deveria especificar os requisitos da exceção à prova ilícita por derivação pelo nexo causal atenuado caso tivesse sido adotada.⁹²

2.4.1.2 Fonte independente (“independent source”)

Esta exceção à ilicitude por derivação, denominada *independent source*, foi criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no precedente *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, em 1920.

A teoria da fonte independente parte do pressuposto de que, havendo **duas fontes** das quais a prova pode ser obtida, sendo uma admissível e outra ilícita, deve-se considerar a prova como lícita e não contaminada:

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

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

Desta maneira, caso haja uma fonte lícita e independente da fonte ilícita, a prova derivada deverá ser admissível e não precisará esta ser desentranhada dos autos, pois ela poderia ter sido obtida da fonte legal.

⁹¹ FERNANDES. Antônio Scarance. Op. cit., p. 87.

⁹² TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. Op. cit., p. 51.

Na hipótese de haver fonte independente, Gomes Filho explica que “a prova derivada tem concretamente duas origens – uma ilícita e outra lícita -, de tal modo que, ainda que suprimida a fonte ilegal, o dado probatório trazido ao processo subsiste e, por isso, pode ser validamente utilizado”.⁹³

Deste modo, na exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente, há duas vias para se alcançar o mesmo resultado: uma está contaminada pela ilicitude, portanto, impedida de ser utilizada; porém a outra está sã e poderá servir como base comprobatória à acusação. Assim, permite-se a inclusão de elementos de prova que tenham sido descobertos por meio totalmente independentes de qualquer violação legal.⁹⁴

Neste caso, há total ausência de nexos causal entre a ilicitude e a prova obtida por uma fonte independente. Não há aqui relação de causalidade que possa remeter a prova ilícita à fonte autônoma e legal. Para Gomes Filho, nem mesmo seria correto falar em exceção à regra de contaminação da prova derivada, pois na verdade o que se exclui é a própria relação de causalidade.⁹⁵

2.4.1.3 Descoberta inevitável (“inevitable discovery”)

A *inevitable discovery exception* foi desenvolvida pela Suprema Corte Norte-Americana em 1984 no precedente *Nix v. William*⁹⁶.

Esta teoria pressupõe que, se a prova derivada seria descoberta de qualquer forma, com ou sem a prova ilícita, então não há o que se falar em contaminação da prova derivada. Nesse caso, somente existe efetivamente uma fonte de prova, a ilícita.

Explica Gomes Filho: “Na situação da descoberta inevitável, a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, por hipótese, que seria inevitavelmente obtida mesmo se suprimida a fonte ilícita”.⁹⁷

⁹³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit., p. 268.

⁹⁵ Ibidem, p. 268.

⁹⁷ Ibidem, p. 268.

Para Maximiliano Hairabedián, a teoria da descoberta inevitável estadunidense deve seguir dois requisitos indispensáveis:⁹⁸ a) o vício da prova ilícita não deve afetar valores morais fundamentais; e b) que haja certeza sobre posterior descobrimento, não se podendo aplicar a exceção quando se houver dúvidas sobre sua eventual ocorrência.

A descoberta inevitável é tema de controvérsias na doutrina brasileira. Antonio Magalhães Gomes Filho adota posicionamento mais radical em relação ao artigo 157, § 2º do CPP. Nas palavras do autor:

(...) São as circunstâncias especiais do caso concreto (...) que permitem considerar que a prova seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita. Ao contrário disso, o texto legislativo examinado permite que se suponha sempre a possibilidade de obtenção da prova derivada por meios legais, o que esvazia, por completo, o sentido da garantia. Em resumo, como está redigido, o texto do art. 157, § 2º, é inconstitucional.⁹⁹

Nesta feita, infringida torna-se a regra constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos nos autos dos processos, na medida em que a restrição imposta é desproporcional.

Sobre o assunto, Takayanagi conclui que a teoria da descoberta inevitável apresenta riscos se mal aplicada e deve ser usada com restrições para que não se converta em um veículo que derroque os direitos dos cidadãos de estarem livres, tendo de serem respeitadas as condições dos valores morais fundamentais e, sobretudo, a certeza de que o elemento de prova lícito a ser obtido seria realmente descoberto – sem tal certeza, prevalecem o *in dubio pro reo* e o princípio da presunção de inocência.¹⁰⁰

⁹⁸ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. **Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal**. Buenos Aires: AD-HOC, 2002 p. 79.

⁹⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit., p. 269-270.

¹⁰⁰ TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. Op. cit., p. 52.

CAPÍTULO III - A PROVA ILÍCITA NO DIREITO COMPARADO

Neste capítulo, se realizará um sucinto estudo em relação ao tema da prova ilícita no cenário internacional. Foram selecionados cinco países cuja legislação exerce grande influência sobre o ordenamento processual penal brasileiro no que tange à questão da prova ilícita, e em particular, em relação às provas ilícitas por derivação: Estados Unidos, Alemanha, Portugal, Itália e Espanha.

Para tanto, será feita uma breve análise comparada de doutrina e jurisprudência, utilizando-se a metodologia da *microcomparação*, na qual se realiza “um trabalho em uma escala reduzida, centrando as atenções em leis específicas, em termos selecionados ou em problemas determinados” (HUSA,2015 p.57, *apud* DUTRA, 2016).¹⁰¹

3.1 Estados Unidos

Em época recente, os Estados Unidos da América têm experimentado crescente atenuação do princípio da inadmissão da prova ilícita, como resultado de movimento jurisprudencial voltado à prevalência da eficiência sobre o garantismo penal.

A jurisprudência da Suprema Corte Americana desenvolveu com base nos precedentes judiciais as chamadas *exclusionary rules*: regras de exclusão que determinam a inadmissibilidade nos autos do processo de provas obtidas com violação às Emendas Constitucionais.¹⁰²

As *exclusionary rules* são enfrentadas de forma bem diferente dos demais sistemas continentais - o fundamento inicial é constitucional, de tutela dos direitos contidos nas seguintes

¹⁰¹ DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, v. 61, n. 3, set./dez. 2016.

¹⁰² Dois casos foram paradigmas para o estabelecimento da doutrina das *exclusionary rules*: o Caso Boyd v. United States (1886) que representou a origem da discussão quanto à inclusão/exclusão de elementos de prova obtidos mediante violação à Constituição estadunidense, que se decidiu pela proteção aos ditames constitucionais e exclusão do material probatório; e o Caso Adams v. New York (1904), no qual a Suprema Corte retrocedeu quanto ao entendimento firmado anteriormente, uma vez que permitiu a inclusão no processo do material probatório obtido mediante violação constitucional. No entanto, a doutrina foi imposta em todo os Estados Unidos da América a partir do caso Mapp v. Ohio (1961) quando se deixou nítido que todo material probatório obtido por meio de busca e apreensão com violação à Constituição é inadmissível em qualquer Corte.

Emendas: a Quarta (direito a não sofrer buscas e apreensões indevidas)¹⁰³; a Quinta¹⁰⁴ (direito a não declarar contra si mesmo); a Sexta¹⁰⁵ (direito a ser assistido por um advogado) e a Décima Quarta¹⁰⁶ (direito ao devido processo legal).

Destarte, em relação à ilicitude probatória nos EUA, cabe afirmar que a regra de exclusão é uma norma de caráter jurisprudencial. De maneira geral, os materiais probatórios obtidos pela polícia mediante ações de investigação criminal que vulnerem direitos processuais constitucionais reconhecidos pelas Emendas acima citadas não poderão ser valorados pelo Juiz na fase decisória dos processos penais federais ou estatais, para fins da determinação ou prova da culpa ou inocência do réu, cujos direitos foram violados.¹⁰⁷

Assim, de acordo com tal regra deverão ser excluídas do processo provas obtidas em violação aos direitos garantidos pela Constituição Norte-Americana, antes do julgamento do caso em questão. No entanto, a proteção de tais direitos constitui-se mais em restrições à autoridade dos agentes públicos sobre os cidadãos do que em direitos individuais.

Diante disto, segundo Teresa Armenta Deu, a função da regra de exclusão é impor limites aos atos policiais na busca de elementos incriminatórios, preservando-se determinados direitos constitucionais contemplados nas diferentes Emendas da Constituição dos Estados

¹⁰³ “U.S. Constitution: Amendment IV

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

¹⁰⁴ “U.S. Constitution: Amendment V

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

¹⁰⁵ “U.S. Constitution: Amendment VI

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

¹⁰⁶ “U.S. Constitution: Amendment XIV

Section. 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

¹⁰⁷ ARMENTA DEU, Teresa. **La prueba ilícita – un estudio comparado**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 31.

Unidos e, conseqüentemente, a integridade judicial.¹⁰⁸ Criam-se, portanto, limites ao Estado no tocante à sua atuação, ou seja, são os contrapesos em face de um eventual exercício descomedido estatal.

A regra de exclusão tem natureza sancionatória, independentemente do momento processual e seu efeito é a ineficácia do elemento probatório que em nenhum caso deverá ser valorado.

Importante mencionar a doutrina da “fruit of the poisonous tree”, de ampla influência na doutrina e jurisprudência brasileiras (prova ilícita por derivação), que também teve origem nos Estados Unidos da América a partir da aplicação generalizada das exclusionary rules, principalmente na década de 60, sendo um efeito reflexo dos elementos de prova obtidos a partir dessas infringências.¹⁰⁹

Presente se encontra esta doutrina quando determinado elemento de prova descoberto é o resultado de uma ilegal obtenção de outro elemento de prova, logo aquele se torna igualmente inadmissível no processo com este por conta da ilegalidade primária, uma vez que sofrem contaminação pelo liame jurídico firmado.

Gascón Abellán entende que o reconhecimento desse efeito reflexo se refere a uma consequência da especial posição dos direitos fundamentais que ocupam no ordenamento e a consequente necessidade de garantir contundentemente a sua eficácia.¹¹⁰

As exceções às provas ilícitas por derivação também são derivadas da jurisprudência norte-americana: a doutrina da fonte independente (*independene source doctrine*)¹¹¹; a doutrina da conexão atenuada (*attenuated connection doctrine*)¹¹²; a doutrina da descoberta inevitável (*inevitable discovery doctrine*)¹¹³, já estudadas no capítulo anterior.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 31.

¹⁰⁹ CARRIO, Alejandro D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1994, p. 162-163.

¹¹⁰ ABELLÁN, Marina Gáscon. Freedom of proof? El cuestionable debilitamento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. In: CARBONELL, Miguel; HENRIQUEZ, Jesus Orozco; VÁSQUEZ, Rodolfo (Coords.). **Estudios sobre la prueba**. Cidade do México: Universidad Autónoma de México, 2006, p. 59-60.

¹¹¹ Caso Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939).

¹¹² Caso Wong v. United States, 371 U.S. 471 (1963)

¹¹³ Caso Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984)

Vale ressaltar que o entendimento atual amplamente dominante na Suprema Corte Norte-Americana é o de que as regras de exclusão de provas apenas são aplicáveis em processos criminais, não podendo ser invocadas em *habeas corpus* ou em processos cíveis.¹¹⁴

Os Estados Unidos da América tiveram grande importância para a difusão não somente da doutrina dos frutos da árvore envenenada, deixando nítido o efeito reflexo da ilicitude em uma prova por derivação advinda da prova ilícita originária, como também das exceções legais às provas ilícitas por derivação, que configuram criações jurisprudenciais justificadoras da licitude de determinados elementos de prova, caso estejam em conformidade com determinados requisitos apresentados nos casos concretos.¹¹⁵

Nessa linha, os *cases* julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América consolidaram e difundiram a aplicação das exceções legais às provas ilícitas por derivação. Assim, serviram de base seja na elaboração legislativa, seja na aplicação prática, para outros países como se observará na Espanha. Fixaram-se, pois, as exceções legais às provas ilícitas por derivação pela fonte independente, pela descoberta inevitável e pelo nexo causal atenuado.

3.2 Alemanha

Não há na Constituição alemã ou mesmo no Código de Processo Penal do país (Strafprozessordnung – “StPO”) regramento normativo geral proibindo a utilização das provas obtidas por meios ilícitos no processo.¹¹⁶

A jurisprudência da Suprema Corte Alemã considera que a prova será inadmissível ou não valorada no processo somente quando a lei, expressamente e de forma excepcional, o determinar, ou diante de motivos superiores verificados no caso concreto.

A despeito da falta de previsão legal, tem se sustentado a questão da proibição de provas tem fundamento constitucional, justificada especialmente nos princípios inerentes ao Estado de Direito e na ponderação dos interesses envolvidos.

¹¹⁴ BLOOM, Robert; BRODIN, Mark. **Criminal Procedure: Examples and Explanations**. São Paulo: Wolters Kluwer, p. 235.

¹¹⁵ TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. Op. cit., p. 205.

¹¹⁶ ROGALL, Klaus. *Questioni fondamentali in tema di divieti probatori. L'indice penale*, Padova, ano I, n. 3, set./dez. 1998.

Segundo Thiago André Pierobom Ávila, “na Alemanha, não há uma regra de exclusão genérica de provas obtidas por meios contrários à prescrição legal, havendo soluções pontuais para problemas específicos”.¹¹⁷

A despeito das inovações pretorianas desenvolvidas pela Corte Superior germânica acima, tais como a “teoria das esferas jurídicas”, a “teoria dos três degraus” (referente aos três níveis distintos da vida privada do indivíduo), violações graves e dolosas a direitos fundamentais praticadas por agentes estatais não são admissíveis no ordenamento alemão.

Conforme Simons e Ávila, em relação às provas ilícitas por derivação, a tendência prevalente na Alemanha é pela inexistência dos efeitos à distância.¹¹⁸

Mesmo nos casos em que são admitidos os efeitos derivados da ilicitude inicial, adotam-se também as exceções às provas ilícitas por derivação advindas do ordenamento estadunidense, chamadas de exceção da fonte independente, da descoberta inevitável e da teoria do nexo causal atenuado.¹¹⁹

3.3 Portugal

No ordenamento português, a Constituição da República de 1976 preceitua, em seu art. 32, a nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, intromissão abusiva na vida privada, no domicílio ou na correspondência ou telecomunicações¹²⁰.

Aqui, a “prova proibida” é definida como como a prova obtida infringindo normas ou princípios reconhecidos pela Constituição para a proteção dos direitos da personalidade em qualquer de suas manifestações, como o direito à intimidade ou à inviolabilidade das

¹¹⁷ ÁVILA, Thiago Pierobom. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 164.

¹¹⁸ SIMONS, Christian Sthefan. **A prova ilícita no direito processual penal norte-americano e alemão e as influências no processo penal brasileiro**, p. 104-105 e ÁVILA, Thiago André Pierobom. Op. cit., p. 172.

¹¹⁹ ÁVILA, Thiago André Pierobom. Op. cit., p. 172-173.

¹²⁰ Artigo 32º da Constituição da República Portuguesa de 1976

Garantias de processo criminal

(...)

8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações

comunicações.

Já no âmbito infraconstitucional, o tema é tratado pelo Código de Processo Penal em seu art. 126:

Artigo 126 do Código de Processo Penal Português
Métodos proibidos de prova

1 — São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.

2 — São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante:

- a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos;
- b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação;
- c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei;
- d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto;
- e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.

3 — Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.

4 — Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.

Quanto à adoção da teoria da inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas nos autos do processo, encontram-se diversas correntes na doutrina processual penal portuguesa a este respeito, não havendo nos Tribunais lusitanos uniformidade no que toca às limitações à prova ilícita por derivação. De fato, os julgados parecem passear pelas diversas teorias apresentadas de acordo com o caso concreto.

Por literalidade do art. 32, 8 da Constituição Portuguesa, Helena Morão entende ser imprescindível a adoção da proibição das provas ilícitas por derivação, não impedindo, por conta da variedade de entendimentos jurisprudenciais, a admissão de limitações.¹²¹

3.4 Itália

No ordenamento jurídico italiano, Código de Processo Penal traz, em seus arts. 188 e

¹²¹ MORÃO, Helena, “O efeito à distância das proibições de prova no direito processual penal português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 16, n.4,out-dez 2006, p. 599.

191.1, o regramento das vedações probatórias:

Art. 188. Codice di Procedura Penale

Libertà morale della persona nell'assunzione della prova.

1. Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti .

(...)

Art. 191 Codice di Procedura Penale

Prove Illegittimamente Acquisite.

1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate; 2. L'inutilizzabilità è rilevabili anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

2. L'inutilizzabilità è rilevabili anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

Dessa forma, poderão ser utilizados, nem mesmo com o consentimento da pessoa interessada, métodos ou técnicas suficientes para influir sobre a liberdade de autodeterminação do indivíduo inquirido, nem tampouco subterfúgios hábeis a alterar a capacidade de memória e valoração dos fatos objeto de indagação.

Prevê o art. 191.1 que prevê por sua vez que, a prova adquirida em violação a proibição estabelecida pela lei não poderá ser utilizada; ademais, o art. 192.2 prevê que esta “inutilidade” da prova poderá ser declarada de ofício pelo juiz a qualquer tempo.

Assim, conforme determinação do Código de Processo Penal italiano as provas obtidas em infração ao quanto estabelecido pela lei não serão admissíveis nos autos do processo e, caso dele constem, não poderão ser valoradas pelo juiz.

Importante pontuar que a Corte italiana estabelece uma diferenciação entre o o sistema de nulidade da *inutilizzabilità*. A nulidade relaciona-se sempre e apenas à inobservância de alguma formalidade na produção da prova; ao contrário, a inutilidade (ou inutilizabilidade) pressupõe a presença de uma prova vedada pela sua intrínseca ilegitimidade objetiva.

Segundo Tonini, também predominante o entendimento de que não poderá ser admitida uma proibição probatória implícita no ordenamento jurídico italiano.¹²² É que a regra vigente naquele sistema processual penal é a da “utilidade” da prova, não sendo esta admitida apenas em função de determinação expressa nesse sentido.

¹²² TONINI, Paolo. A prova no processo penal italiano, p. 80.

Assim, diante da inexistência de regra a vedar as provas ilícitas por derivação, estas seriam admissíveis. A prova obtida mediante violação legal não será admitida apenas nos estritos termos da disposição normativa. Contudo, nos termos de Ávila, outras investigações derivadas dessa prova inicial serão admitidas, servindo a prova ilegal como *notitia criminis legal*.¹²³

3.5 Espanha

A Constituição espanhola não versa sobre qualquer disposição acerca de exclusão de elementos de prova obtidos com violação legal. No entanto, seu artigo 24 traz um rol de garantias, especificando os direitos fundamentais e as liberdades públicas:

Artículo 24

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Em 1984, foi editada a Lei Orgânica do Poder Judiciário, declarando, em seu art. 11.1, que as provas obtidas direta ou indiretamente com violação de direitos e liberdades fundamentais não surtirão efeito.¹²⁴ Esta norma vem sendo interpretada como uma vedação à admissão das provas ilícitas nos autos do processo – caso dele constem erroneamente, proibida a sua valoração pelo juiz.

No país, o Tribunal Constitucional Espanhol desenvolveu a chamada “teoria da conexão de antijuricidade”, por meio da decisão STC 81/1998. Segundo essa teoria, para que se possa concluir pela proibição de admissão e valoração da prova reflexa é necessário que exista uma vinculação das provas àquelas obtidas com violação direta de algum direito fundamental.¹²⁵

¹²³ ÁVILA, Thiago André Pierobom. Op. cit., 196.

¹²⁴ Art. 11 LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial)

1. (...) No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”

¹²⁵ “(...) Para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas (las pruebas reflejas), habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto

Por tais razões, o Tribunal Constitucional, a partir do julgado STC 81/1998, passou a enfrentar juízos de experiência que exige a revisão dos julgamentos quando tratarem de provas reflexas da seguinte forma: análise da lesão do direito fundamental que origina a ilicitude probatória; o nexo entre a prova ilícita e essa lesão; e a determinação se a prova poderia ter sido obtida por outros meios, assim como os aspectos que cercam a “conexão de antijuridicidade”.¹²⁶

O Tribunal Constitucional, ao elaborar a teoria da “conexão de antijuridicidade”, adaptou a “regra de exclusão” e as exceções à “regra de exclusão” da doutrina e jurisprudência estadunidense para a jurisprudência espanhola. Sendo assim, as exceções às provas ilícitas por derivação de fato encontradas nas jurisprudências espanholas são “exceção da prova ilícita por derivação do nexo causal atenuado” e “exceção da prova ilícita por derivação da descoberta inevitável”.¹²⁷

es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la *ratio* de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones.” (STC, 81/98, 2 de abril de 1998. Tribunal Constitucional Español).

¹²⁶ CABIALE, José Díaz; MARTÍN MORALES, Ricardo. **La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida**. Madrid: Civitas, 2001, p. 122.

¹²⁷ Vide julgados STC 86/1995 e STC 161/1999 (exceção à regra de exclusão do nexo causal atenuado); STC 238/1999 (exceção à regra de exclusão da descoberta inevitável ou do descobrimento independente)

CAPÍTULO IV - TRATAMENTO DA PROVA ILÍCITA NO BRASIL: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA ATIVIDADE LEGISLATIVA

No presente capítulo, proceder-se-á a um levantamento, no âmbito do Poder Judiciário e do Legislativo, que busca contemplar a análise das provas ilícitas no Brasil em suas principais nuances.

4.1 A prova ilícita no Supremo Tribunal Federal

4.1.1 Metodologia

No tocante ao levantamento das decisões judiciais, o autor da presente pesquisa optou por analisar, qualitativamente, um recorte limitado de acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema das provas ilícitas no âmbito do processo penal. Deste modo, a busca por essa fonte primária de pesquisa se deu por meio da página Pesquisa de Jurisprudência, disponível no site do STF¹²⁸, no mês de novembro de 2019.

A intenção do autor, nesta etapa da pesquisa, é a de analisar casos pontuais da Corte em que houve reconhecimento explícito dos Ministros em relação à aplicação ou não da teoria dos frutos da árvore envenenada, além das exceções à prova ilícita por derivação, tanto pela fonte independente, quanto pela descoberta inevitável.

Deste modo, busca-se avaliar quais critérios relevantes foram estabelecidos pelos ministros para aplicar ou deixar de aplicar a teoria dos frutos da árvore envenenada, e se o Supremo aplica consistentemente tais critérios.

Foram definidos como termos de busca no banco jurisprudencial do STF as seguintes palavras-chave: “prova ilícita”, “prova ilícita e processo penal”, “prova ilícita e proporcionalidade”, “prova ilícita e exceção”, “prova ilícita e exceções”, “prova ilícita e nexos de causalidade”, “prova ilícita e fonte independente”, “prova ilícita e descoberta

¹²⁸ BRASIL Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

inevitável”, “frutos da árvore envenenada” “frutos da árvore venenosa”, “*fruits of the poisonous tree*”.

Os acórdãos aqui analisados não são representativos do total de ocorrências que chegam à Suprema Corte e, muito menos, sobre o número de conflitos concretos que sequer chegam ao sistema de Justiça, o que explica o aspecto limitado da presente pesquisa.¹²⁹

Quanto ao quantitativo de resultados encontrados, temos:

Quadro 1: Síntese dos acórdãos analisados

Termos	Quantidade de acórdãos
“prova adj ilícita” “processo adj penal”	98 acórdãos
“prova adj ilícita”, “proporcionalidade”	21 acórdãos
“prova adj ilícita”, “exceção”	20 acórdãos
“prova adj ilícita”, “exceções”	7 acórdãos
“prova adj ilícita” “nexo de causalidade”	3 acórdãos
“prova adj ilícita” “fonte adj independente”	4 acórdãos
“prova adj ilícita” “descoberta adj inevitável”	3 acórdãos
“frutos da árvore envenenada”	19 acórdãos
“frutos da árvore venenosa”	3 acórdãos
“fruits of the poisonous tree”	14 acórdãos

Fonte: Autoria própria, 2019.

Uma primeira conclusão que pode ser retirada é a de que não é expressivo o número de decisões sobre o tema das provas ilícitas no processo penal que chega ao STF. Além de ser reflexo das limitações dos bancos de jurisprudência, o tema está sendo pouco abordado pelo Supremo.

Durante a pesquisa, foi possível perceber que os debates nos acórdãos tratam em sua grande maioria de casos de busca e apreensão, interceptações telefônicas, além daqueles

¹²⁹ TAKAYANAGI, F. Y. Críticas às exceções legais às provas ilícitas por derivação no processo penal brasileiro e análise de jurisprudência após a Reforma da Lei 11.690/08.

relacionados à prova ilícita por derivação e as teorias estadunidenses aqui estudadas em relação às suas exceções – sendo que a maior parte delas versa sobre o tema da fonte independente, e em menor escala, sobre a descoberta inevitável.

Por esta razão, foram definidos como recorte da presente pesquisa acórdãos do STF que versam sobre a adoção da teoria americana dos frutos da árvore envenenada e as exceções à prova ilícita por derivação, seja pela fonte independente, seja pela descoberta inevitável, além de casos em que se discutiram as provas autônomas na busca e apreensão.

4.1.2 Dos acórdãos analisados

***Habeas Corpus* 69.912, 74.351 e 93.050¹³⁰ - posicionamento do STF antes da entrada em vigor da Lei 11.690/2008**

Dentre os principais precedentes relacionados à prova ilícita anteriores à Reforma de 2008 do Código de Processo Penal, encontra-se o **Habeas Corpus 69.912**, que reconheceu a necessidade de lei com previsões específicas para a utilização da interceptação telefônica no processo penal:

Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, 'nas hipóteses e na forma' por ela estabelecida, possa o juiz, nos termos do artigo 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); **conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente.**

(Grifos no original).

(HC nº 69912-0/RS, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D. J. 25.03.94).

¹³⁰ BRASIL Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 93.050. Relator ministro Celso de Mello. Segunda Turma. DJe 31/07/2008.

Quanto a esta decisão, ocorreu divergência entre os Ministros a propósito da aplicação da doutrina dos frutos da árvore envenenada, tendo prevalecido, por maioria, a incidência de referida doutrina.

Este julgado trouxe ao meio jurídico o entendimento de que deve ocorrer uma compatibilização entre a ampla liberdade que o juiz possui para apreciar a prova e a limitação ensejada pela doutrina dos frutos da árvore envenenada. Há de se atentar não mais apenas à convicção formada pelo julgador, mas também à forma pela qual essa convicção foi buscada, segundo o voto do Ministro relator Sepúlveda Pertence:

(...) O caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência americana constituiu sob a denominação de princípios dos fruits of the poisonous tree; é que às provas diversas do próprio conteúdo das conversações telefônicas, interceptadas, só se pode chegar, segundo a própria lógica da sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em consequência da interceptação ilícita de telefonemas (...) **estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do fruit of the poisonous tree é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita** (...) De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degravação’ das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela contidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, 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.¹³¹

Na mesma linha, cite-se o **Habeas Corpus 73.351**, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, julgado em 19 de março de 1999:

COMPETÊNCIA – HABEAS CORPUS – ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação a qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de Tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior.

PROVA ILÍCITA – ESCUTA TELEFÔNICA – PRECEITO CONSTITUCIONAL – REGULAMENTAÇÃO. Não é auto-aplicável o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. E surge ilícita a prova produzida em período anterior à regulamentação do dispositivo constitucional.

PROVA ILÍCITA – CONTAMINAÇÃO. Decorrendo as demais provas do que é levantado via prova ilícita, tem-se a contaminação daquelas, motivo pelo qual não subsistem. Precedente: habeas-corpus nº 69.912/RS, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence perante o Pleno, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 25 de março de 1994.

(HC nº 73.510-0/SP, STF, 2ª T, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 12.12.97).

HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA.

¹³¹ HC nº 69912-0/RS, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D. J. 25.03.94.

AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ARTIGO 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE.

(...)

Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta.

(Grifos no original).

(HC nº 73.351-4/SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, D. J. 19.03.99).

Amplamente citado nas decisões do Supremo como precedente encontra-se o **Habeas Corpus 93.050**, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Este caso consolida a posição majoritária do STF, também compreendendo que a prova ilícita originária contamina as demais provas dela derivadas, em face da “teoria dos frutos da árvore envenenada”, ao menos que demonstrado que foi obtido por fonte autônoma:

A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. – Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. – A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. – A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. – Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - **Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.** –A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA (“AN INDEPENDENT SOURCE”) E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Recurso em Habeas Corpus 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) – JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS “SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED

STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988).
(STF, Habeas Corpus 93.050, 2ª Turma, relator ministro Celso de Mello, DJe 31/07/2008).

Diante do exposto, não obstante a ausência de disposição legal a respeito das provas ilícitas à época desses julgados (ou seja, antes de da Lei 11.690/2008), a posição do Supremo Tribunal Federal, conforme as decisões acima trazidas, era clara no sentido de que as provas ilícitas por derivação não devem ser aceitas, em consonância com a doutrina dos frutos da árvore envenenada e pelo efeito preventivo do disposto no artigo 5º, LVI da CRFB/88.

Recurso em Habeas Corpus 90.376, Habeas Corpus 106.244 – Exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente

O **Recurso em Habeas Corpus 90.376** é um dos julgados do STF no qual houve clara aplicação da teoria da fonte independente, mas no sentido de que se não foi deslumbrada no caso concreto, a prova deverá ser considerada derivada da ilícita.

Tal julgamento refere-se à uma busca e apreensão realizada em um quarto de hotel ocupado, sem mandado judicial, enquanto ausente o hóspede. Ocorreu, nesse caso, ilicitude na busca e apreensão realizada, pois não houve o devido mandado judicial – assim:

O defeito inquinador da validade jurídica penal em questão, surgido com desrespeito à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, projetou-se, com evidente repercussão causal, sobre os demais elementos probatórios, que, não obstante produzidos, em momento superveniente, de modo (aparentemente) legítimo, achavam-se contaminados pelo vício da ilicitude de origem, **não havendo que se cogitar, desse modo, na espécie, da existência de fontes autônomas de revelação da prova e que, sem qualquer relação causal com a prova originariamente ilícita, pudessem dar suporte independente e legitimador à formulação de um juízo condenatório.** É indisputável, portanto, examinada a questão sob tal perspectiva, que a prova ilícita, no caso, por constituir prova juridicamente inidônea, contaminou os demais elementos de informação que dela resultaram.

(Grifos no original).

(STF, Recursos em Habeas Corpus 90.376-2/RJ, relator ministro Celso de Mello, DJe 03/04/2007).

Já no julgamento do **Habeas Corpus nº 106.244**, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, o entendimento de que existe a plena aplicação das exceções à prova ilícita por derivação estadunidense foi reforçado por meio da aplicação da teoria da fonte independente:

Não se mostrando isolada a prova colhida naquele intervalo, podem os demais elementos cognitivos, que dela não derivaram, orientar a prestação jurisdicional, mesmo porque prevalece, em detrimento à teoria da árvore dos frutos envenenados, a teoria da descoberta inevitável, como apontou o acórdão hostilizado.

Nota-se que, neste julgamento, a ministra Carmen Lúcia utilizou erroneamente o termo “teoria da descoberta inevitável”, quando na verdade se tratava da teoria da fonte independente. Aqui, houve a declaração da ilicitude de interceptação telefônica, porém não fora a única prova produzida no procedimento investigatório, podendo-se lastrear-se em outras não contaminadas.¹³²

Habeas Corpus 91.867¹³³ – Exceção à prova ilícita por derivação pela descoberta inevitável

No julgamento do **Habeas Corpus nº 91.867**, foi discutida a ilicitude da prova no âmbito da colheita de registros telefônicos para embasar interceptações telefônicas. Neste caso, o impetrante alegou que houve violação de registros telefônicos de correu executor de crime sem autorização judicial, após os policiais o prenderem em flagrante e analisado seus últimos números registrados no celular.

O ministro Gilmar Mendes se posicionou afirmando que não se trataria de prova ilícita por derivação nos termos da teoria dos frutos da árvore envenenada, pois o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado, segundo o §2º do art. 157 do Código de Processo Penal.

Ainda, afirmou que só o fato de serem apreendidos os aparelhos celulares levaria à quebra do sigilo dos dados telefônicos do correu com a identificação dos usuários das linhas móveis e fixas que com ele mantiveram contato. A princípio, tratar-se-ia de um caso de exceção à ilicitude por derivação por meio da descoberta inevitável.

No entanto, segundo Takayanagi, houve equívoco ao se afirmar em “descoberta inevitável”, porque a investigação sequer havia se iniciado. Isso porque a teoria da descoberta inevitável exige uma investigação concomitante e não interligada ao fato ilícito ocorrido.

¹³² TAKAYANAGI, F. Y. Op. cit., p. 51.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91.867. Relator Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJe 24/04/2012.

Se não há violação de “registros telefônicos” apreendidos do corrêu, tampouco não se pode ter a incidência da teoria da descoberta inevitável, sendo a interceptação telefônica derivada dessa busca de “registros” não maculada por nenhuma ilicitude.

Habeas Corpus 81.993¹³⁴, 84.875 e 84679 – provas autônomas independentes em casos de busca e apreensão

O **Habeas Corpus n° 81.993**, de relatoria da ministra Ellen Gracie, consagrou o entendimento do Supremo em que, havendo outras provas, autônomas em relação à busca e apreensão questionada, não serão “contaminadas” e o processo seguirá normalmente, ou seja, somente serão contaminadas as provas derivadas das buscas e apreensões (caso sejam consideradas ilícitas), deixando, intactas, as provas autônomas.

Tal entendimento firmado foi o de que “seria necessário demonstrar que todas as demais provas colhidas são derivadas da referida busca e apreensão, pois a teoria dos frutos da árvore envenenada somente se aplica no caso em que as provas que se sigam à prova ilicitamente colhida tenham sido obtidas por meio de informações possibilitadas por esta, caracterizando, deste modo, uma ilicitude por derivação”¹³⁵.

Esta fundamentação também se encontra presente no **Habeas Corpus n° 84.875**, da mesma relatora, quando esta afirma que a decretação de prisão de um prefeito não teria se fundamentado apenas na busca e apreensão, ou seja, os fundamentos da prisão teriam sido mais abrangentes, não se limitando, neste caso, à busca e apreensão preparatória de ação de improbidade administrativa:

No **Habeas Corpus n° 84.679**, de relatoria do Min. Marco Aurélio, Eros Grau utiliza-se do mesmo argumento, afirmando que, naquele caso, haveria “prova autônoma, independente da busca e apreensão” para afastar a aplicação do princípio dos frutos da árvore envenenada.

Apesar de ter sido identificado, nesses casos, um único critério trazido pelos ministros para aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada nos casos de busca e apreensão, os

¹³⁴ STF: HC 81993, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 18/06/2002.

¹³⁵ STF: HC 81993, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 18/06/2002, p. 901, presente no voto do Min. Sepúlveda Pertence

ministros não se esforçaram em delimitar critérios claros para aplicação da referida teoria – ao contrário, em várias decisões surgem argumentos completamente novos e específicos de cada caso, que muitas vezes contrariavam o que já havia sido consolidado na jurisprudências da corte.

4.1.3 Considerações

Diante do exposto, temos que a posição majoritária do STF é a de compreender que a prova ilícita originária contamina as demais provas dela derivadas, em face da “teoria dos frutos da árvore envenenada”, ao menos que demonstrado que foi obtido por fonte autônoma.

Outro argumento comum é o de que as provas colhidas durante buscas e apreensões, não sendo as únicas que lastrearam a investigação, não haveria que se falar na ilicitude por derivação e a consequente aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Pelo que se extrai dos acórdãos analisados, a Corte firmou o entendimento de que apenas aplica-se a teoria dos frutos da árvore envenenada quando, inevitavelmente, todas as provas úteis ao caso forem derivadas das buscas e apreensões ocorridas fora dos ditames legais.

Assim, um critério utilizado para a aplicação da teoria é o de que havendo outras provas, autônomas às buscas e apreensões, não há que se desentranhar o processo todo, como ocorre quando inexistem meios de prova autônomos.¹³⁶

Acrescenta-se que não são muitos os casos em que a exceção à prova ilícita por derivação foi aplicada. Quando aplicada, foi de forma equivocada, uma vez que a redação do §2º do artigo 157 recebeu o conceito de “fonte independente” quando, na verdade, trata-se de conceito de descoberta inevitável, sendo esse conceito mesclado indevidamente com a teoria da fonte independente.

Por fim, conclui-se que o STF não possui um forte compromisso com as teorias da ilicitude da prova, pois aceitou flexibilizá-las em função das consequências.

¹³⁶ Importante lembrar que os ministros começaram a utilizar esse critério antes da edição da lei 11.690/2008, que acrescentou os §§1º, 2º ao art. 157 do CPP.

4.2 A prova ilícita na atividade legislativa

4.2.1 Metodologia

No âmbito do Poder Legislativo, o recorte para pesquisa foi definido por meio dos Projetos de Lei findos ou em tramitação tanto no Senado Federal quanto na Câmara dos Deputados.

A metodologia de pesquisa baseou-se em termos simples, nos bancos de dados da atividade legislativa tanto do Senado quanto da Câmara dos Deputados, também relativos ao período de agosto de 2008 a outubro de 2019, ou seja, após a Lei 11.690/2008.

4.2.2 Câmara dos Deputados

Na Câmara dos Deputados, foram identificados 15 (quinze) Projetos de Lei em tramitação relacionados às provas ilícitas.

Para pesquisa, foi utilizada a seguinte metodologia: no campo Proposição, foi selecionada a opção “PL - Projeto de Lei”; no campo Assunto, “*prova ilícita*” “*processo penal*” e, no campo Em Tramitação, foi marcada a opção Todas.

Projeto de Lei nº 4.205/2001 e sua transformação na Lei 11.690/2008

Para fins de contextualização, foi encontrado o **Projeto de Lei nº 4.205/2001**, foi transformado na Lei Ordinária nº 11.690/2008, que continha a seguinte ementa: “Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências”.

Os juristas Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Femandes, dentre outros, foram convidados pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, responsável pela elaboração do texto normativo enviado sob a forma do mencionado Projeto de Lei.

Dentre os entendimentos da CCJ, incluíam-se adequação à Constituição do atual art. 157 do Código de Processo Penal, consolidando a posição internacional no sentido da inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos.

Foram consolidados, portanto, a teoria da “exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente” da doutrina estadunidense; no §2º, o conceito de “fonte independente”; no §3º, foi definida a consequência jurídica após o desentranhamento dos elementos de prova obtidos de forma ilícita. Antes, previa-se o arquivamento sigiloso em cartório; depois, passou-se a prever a inutilização ou destruição do material probatório ilícito por decisão judicial.

Por fim, enviado o texto à sanção presidencial, ainda que com obscuridades quando reuniu duas teorias relativas às exceções às provas ilícitas por derivação, o então Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, sancionou o artigo 157, com exceção do veto ao parágrafo quarto:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.
 § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.
 § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.
 § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.
 § 4º (VETADO).¹³⁷

Projetos de Lei nº 3916/2015, 4002/2015, 4265/2016, 9168/2017 e 2307/2019

Dentre os resultados encontrados com os critérios de busca estabelecidos, citaremos os Projetos de Lei nº 3916/2015, 4002/2015, 4265/2016, 9168/2017, 2307/2019 e 3855/2019, que trazem como proposta as alterações dos arts. 157, 563, 564, 567 e 571 a 573 e acrescenta o art. 570-A ao Código de Processo Penal, para redefinir o conceito de provas ilícitas e revisar as hipóteses de nulidade, *in verbis*:

¹³⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 4201/05**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26555>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação de direitos e garantias constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.

§ 2º Exclui-se a ilicitude da prova quando:

I – não evidenciado o nexos de causalidade com as ilícitas;

II – as derivadas puderem ser obtidas de uma fonte independente das primeiras, assim entendida aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova;

III – o agente público houver obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável, assim entendida a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada;

IV – a relação de causalidade entre a ilicitude e a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior à violação;

V – derivada de decisão judicial posteriormente anulada, salvo se a nulidade decorrer de evidente abuso de poder, flagrante ilegalidade ou má-fé;

VI – obtida em legítima defesa própria ou de terceiros ou no estrito cumprimento de dever legal exercidos com a finalidade de obstar a prática atual ou iminente de crime ou fazer cessar sua continuidade ou permanência;

VII – usada pela acusação com o propósito exclusivo de refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena;

VIII – necessária para provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena;

IX – obtidas no exercício regular de direito próprio, com ou sem intervenção ou auxílio de agente público;

X – obtida de boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, mandato, função, cargo ou emprego públicos ou privados.

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

§ 4º O juiz ou tribunal que declarar a ilicitude da prova indicará as que dela são derivadas, demonstrando expressa e individualizadamente a relação de dependência ou de consequência, e ordenará as providências necessárias para a sua retificação ou renovação, quando possível.

§ 5º O agente público que dolosamente obtiver ou produzir prova ilícita e utilizá-la de má fé em investigação ou processo, fora das hipóteses legais, sujeita-se à responsabilidade administrativa disciplinar, sem prejuízo do que dispuser a lei penal”.¹³⁸

(Grifos no original).

O PL 3855/2019, de iniciativa popular, também em tramitação, contém a mesma motivação dos demais – ou seja, a alteração do art. 157 do Código de Processo Penal no exato teor acima exposto.

A justificativa das referidas alterações é a de que, em relação à conceituação do que seja prova ilícita e quais seriam as hipóteses excludentes de ilicitude, o legislador brasileiro, inexplicavelmente, se distanciou dos objetivos que levaram à criação das “*exclusionary rules*” e criou um sistema de regras próprio, que, além de disfuncional, possui caráter extremamente

¹³⁸ Ibidem.

subjetivo, que traduz em insegurança jurídica, conduz a decisões seletivas, transforma o processo em uma autêntica loteria e resulta em impunidade.

A primeira delas na própria conceituação do que seja prova ilícita. A lei em vigor conceitua provas ilícitas como sendo “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. O conceito é por demais amplo e permite a anulação de provas por inobservância de uma simples formalidade, por menor importância que tenha, mesmo que isso não implique violação de direito ou garantia do investigado, levando a interpretações subjetivas e decisões seletivas.

Os autores asseveram que a importação para o Brasil das regras de exclusão das provas ilícitas veio acompanhada de duas causas excludentes de ilicitude ou seja, circunstâncias que, acaso presentes, permitem a utilização da prova: a) a não evidência de nexo de causalidade com as provas ilícitas (*independent source doctrine*) e b) quando as provas derivadas puderem ser obtidas de uma fonte independente das primeiras, assim entendida aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova (*inevitable discovery*).

Contudo, há diversas outras causas excludentes de ilicitude da prova, já admitidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que ainda não foram positivadas no direito brasileiro, e que o projeto pretende corrigir.

Além das excludentes de ilicitude consagradas pelo direito norte-americano, segundo os autores, outras causas devem igualmente ser incluídas, tendo em vista a relevância de seus objetivos ou o fato de estarem sob o pálio de circunstância protegida pela lei penal.

Projeto de Lei nº 9170/2017

O Projeto de Lei nº 9170/2017, de autoria do Deputado Antonio Carlos Mendes Thame, propõe uma alteração diferenciada ao art. 157 do Código de Processo Penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas obtidas por meios ilícitos, assim entendidos aqueles que violem as garantias constitucionais processuais ou as que asseguram as liberdades públicas.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das obtidas por meios ilícitos.

§ 2º **Considera-se a prova obtida por meio lícito quando:**

- I – não evidenciado o nexo de causalidade com a obtida por meio ilícito;
- II – puder ser obtida de fonte independente, assim entendida a que não possua vinculação com a prova inadmitida;
- III – seria inevitavelmente obtida, seguindo-se os trâmites típicos e de praxe próprios da investigação ou instrução criminal, por si só capazes de conduzir ao fato objeto da prova”¹³⁹

Trata-se de um Projeto de Lei que, além de alterar a redação do art. 157, visa a inclusão de mais uma possibilidade de prisão preventiva no parágrafo único do art. 312 do CPP, qual seja, a prisão com a finalidade de permitir a identificação e a localização do produto e do proveito do crime ou seu equivalente, e assegurar sua devolução.

Tal medida, segundo o autor, visa evitar que o produto e o proveito do crime sejam utilizados para financiar a fuga ou a defesa do investigado ou acusado, quando as medidas cautelares reais forem ineficazes ou insuficientes ou enquanto estiverem sendo implementadas. Essa nova possibilidade é justificada pela fortalecimento da chamada justiça restaurativa, cuja finalidade última é a reparação dos danos causados pelo crime.

4.2.3 Senado Federal

Projeto de Lei nº 156/2009 (PL nº 8045/2010)

No âmbito do Senado Federal, temos como referência em relação à prova ilícita o Projeto de Lei nº 156/2009, chamado de “Reforma do Código de Processo Penal”, que foi submetido ao Plenário do Senado em 20 de abril de 2009.

Trata-se de Projeto de Lei de autoria do Senador Federal José Sarney (convertido na Câmara dos Deputados – PL nº 8045/2010), por meio do qual o tema do atual artigo 157 seria reformulado da seguinte maneira, no art. 167:

Art. 167: São inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos e as delas derivadas.
Parágrafo único: A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivados sigilosamente em cartório.

O projeto também se preocupou em trazer, no parágrafo único, a determinação do arquivamento sigiloso em cartório das provas declaradas inadmissíveis, pois o arquivamento sigiloso da prova ilícita possibilita tanto a demonstração do crime praticado e sua respectiva

¹³⁹ Ibidem.

punição, como também a possível utilização desta prova em favor do réu em outros processos, como por exemplo o de revisão criminal.

Ao analisarmos o presente projeto para o novo Código de Processo Penal, observamos que este abandona a definição de prova ilícita introduzida pela reforma de 2008, que a conceituava como aquela decorrente de ofensa as normas constitucionais ou legais (artigo 157, caput), resolvendo a equivocada inclusão das provas ilegítimas nesta definição.

Além disso, a presença da definição de prova ilícita se faz desnecessária no estatuto processual penal, uma vez que seu conceito já está fortemente consolidado pela doutrina brasileira, tendo até mesmo os tribunais pátrios recepcionado as definições de provas lícitas e ilegítimas de acordo com a sistematização de Ada Pellegrini Grinover.

Outro importante aspecto do projeto foi também o abandono dos equívocos conceitos estabelecidos nos parágrafos 1º e 2º, do atual artigo 175, referente às provas ilícitas por derivação e a fonte independente.

Projeto de Lei nº 99/2016

O único Projeto de Lei em tramitação que propõe alterações no art. 157 do CPP é o **Projeto de Lei nº 99/2016**, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP), com o objetivo de alterar o conceito de provas ilícitas e revisar as hipóteses de nulidade.

Este Projeto de Lei é dotado do mesmo teor, já analisado acima, dos PLs 3196/2015, 4002/2015, 4265/2016, 9168/2017 e o 2307/2019, todos em trâmite no Congresso Nacional, trazendo a proposta de alteração dos arts. 157, 563, 564, 567 e 570 a 573 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 Código de Processo Penal.

CONCLUSÃO

Diante do demonstrado no presente trabalho, extraem-se as seguintes conclusões:

- a) A ciência do direito processual penal, em relação à utilização do termo “prova”, necessita urgentemente de uma terminologia padronizada, ou seja, uma linguagem unificada e coerente de forma que possa ser sanada a banalização do termo “prova” pelo legislador infraconstitucional;
- b) A verdade processual nem sempre se coincide com a verdade propriamente dita, mas sim uma verdade que é aproximada e única;
- c) A ilicitude da prova, por sua vez, funciona como um limite ao direito à prova – assim, proibir elementos de prova eivados de ilicitude e seus reflexos é uma maneira de conter o Estado ou o particular na busca dessa verdade.
- d) Isso explica a adoção da teoria ampla da ilicitude da prova na reforma trazida pela Lei 11.690/2008, além da utilização dos conceitos norte-americanos, difundindo no ordenamento brasileiro a doutrina dos frutos da árvore envenenada, assim como as exceções legais às provas ilícitas por derivação.
- e) Quanto à análise da disciplina da prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro, conclui-se que além da disposição constitucional sobre a prova ilícita, há também regramento para o tema no artigo 157 do Código de Processo Penal. O artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal se constitui em uma regra constitucional proibitiva, aplicável a todos os tipos de processo no ordenamento, impondo uma obrigação de não-fazer aos sujeitos do processo, sendo certo que independe de norma integrativa para ser aplicável.
- f) O artigo 157, *caput* do CPP prevê um conceito legal para provas ilícitas como àquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, não determinando se as normas legais infringidas teriam caráter de direito material ou processual, ou se as normas constitucionais seriam de natureza fundamental ou não. Ainda, o legislador, ainda que buscasse incluir as exceções legais às provas ilícitas por derivação no sistema brasileiro, fez de forma confusa.

g) Por outro lado, o conceito da prova derivada da ilícita (a teoria dos “frutos da árvore envenenada”) foi adotado. Assim, se a “árvore” estiver envenenada, os frutos gerados por ela igualmente estarão contaminados.

h) No direito comparado, notáveis são as influências dos ordenamentos norte-americano, espanhol, italiano, alemão e português nos ditames constitucionais e infraconstitucionais brasileiros em relação à ilicitude da prova, em especial os primeiros.

i) Após a análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, notou-se que a tendência atual é no sentido de vedar a produção de prova ilícita, mas há forte inclinação para que seja admitida a aplicação, no caso concreto e em circunstâncias especiais, do princípio da proporcionalidade, e limitar o conceito de prova ilícita àquela obtida com violação a garantia ou direito fundamental estabelecido na Constituição.

j) Neste cenário, conclui-se que há mais de dez anos da Reforma do Código de Processo Penal, a matéria de ilicitude probatória, quando verificada no caso concreto, vem sendo analisada em suas especificidades e propostas soluções particulares e constitucionalmente justificáveis para o caso a caso.

k) Em relação às exceções à prova ilícita por derivação, não são muitos os casos as teorias foram aplicadas. Quando aplicadas, foi de forma equivocada, uma vez que a redação do §2º do artigo 157 recebeu o conceito de “fonte independente” quando, na verdade, trata-se de conceito de descoberta inevitável, sendo esse conceito mesclado indevidamente com a teoria da fonte independente até pelo próprio STF.

l) Assim, as provas ilícitas são admitidas em casos excepcionais, seja em favor do réu ou em favor da sociedade, a depender da livre convicção (portanto, devidamente fundamentada) do magistrado.

m) Cumpre destacar que foi verificada possibilidade de utilização da prova obtida ilicitamente, sempre em caráter excepcional, por meio da teoria da proporcionalidade, em respeito aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente estabelecidas, ao encontro da hipótese formulada pelo autor da presente pesquisa.

n) Em relação à atividade legislativa, há diversos projetos de lei tramitando em conjunto com o objetivo de redefinir o conceito de prova ilícita, sobretudo corrigir as causas de exclusão da ilicitude das provas advindas do direito norte-americano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ABELLÁN, Marina Gáscon. Freedom of proof? El cuestionable debilitamento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. *In*: CARBONELL, Miguel; HENRIQUEZ, Jesus Orozco; VÁSQUEZ, Rodolfo (Coords.). **Estudios sobre la prueba**. Cidade do México: Universidad Autónoma de México, 2006.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de Aréchaga. La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno. **Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, 1988.

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

AROCA, Juan Montero. **El derecho procesal en el siglo XX**. Cidade do México: Tirant lo Blanch, 2000.

ÁVILA, Thiago Pierobom. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília Brasília, 2006.

_____. **Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Dissertação (mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BLOOM, Robert; BRODIN, Mark. **Criminal Procedure: Examples and Explanations**. São Paulo: Wolters Kluwer.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, 1940.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal, 1941.

_____. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. HC 69.912-0/RS. Relator Ministro Sepúlveda Pertence - DJU 26.11.1993.

_____. Habeas Corpus 93.050. Relator ministro Celso de Mello. Segunda Turma. DJe 31/07/2008.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

CABIALE, José Díaz; MARTÍN MORALES, Ricardo. **La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida**. Madrid: Civitas, 2001.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. 2. ed. São Paulo: Pillares, 2009.

CARRIO, Alejandro D. **Garantías constitucionales en el proceso penal**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1994.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal (em face da) constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal: Tomo I**. Bogotá: Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Nota Dez, 2001.

DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Comentários al Código Civil y compilaciones forales**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1991.

ESTRAMPEZ, Manuel Miranda. **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal**. Barcelona: JMB, 1999.

FARAH, Geisa Matos. **Prova Ilícita e sua aplicação no processo penal**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/849/826>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

FERNANDES. Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 5. ed. Bari: Laterza, 1998.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Atividade do Juiz Criminal Frente à Constituição: Deveres e Limites em Face do Princípio Acusatório. Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

_____. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Labor.

GOMES, André Luís Callegaro Nunes. Uma herança inquisitiva no sistema processual penal acusatório. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 164, p. 06-07, 2006.

_____. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Coords.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. Provas Lei 11.690, de 09.06.2008. *In*: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As Reformas no Processo Penal: As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. Tutela Constitucional das Liberdades. *In*: FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, São Paulo, n. 21, 2002.

_____. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **Liberdades públicas e processo penal - as interceptações telefônicas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Novas tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____; SCARANCE FERNANDES, Antônio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GÖSSEL, Karl Heinz. La verdead en el proceso penal ¿Es encontrada o construida? *In*: DONNA, Alberto. **El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano. **Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal**. Buenos Aires: AD-HOC, 2002.

HASSEMER, W. **Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal**. Tradução de Muñoz Conde/Díaz Pita). São Paulo: Tirant lo Blanch, 1999.

KHALED JUNIOR, Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Introdução crítica ao processo penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MAIER, Julio. **Función normativa de la nulidade**. Buenos Aires: Depalma, 1980.

MARTIN-CHENUT, Kathia. A valorização das obrigações positivas de natureza penal na jurisprudência da CIDH: o exemplo das graves violações de direitos humanos cometidos durante as ditaduras dos países do Cone-Sul. Trad. Priscila Akemi Beltrame e Pedro Augusto Simões da Conceição. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, ano 21, v. 103, p. 97–127, jul./ago. 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORÃO, Helena, “O efeito à distância das proibições de prova no direito processual penal português”, in **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 16, n.º4, Out-Dez 2006, p. 599.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, I, n. 0, fev 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. **Rivista Di Diritto Processuale**, Padova, ano 23, n 3, 2016.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional penal. Imunidades e Anistias**. Barueri: Manole 2012.

PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. Considerações iniciais sobre a lei 11.690/08. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 188, p. 12, 2008.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito processual Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro; Lúmen Juris, 2004.

ROGALL, Klaus. *Questioni fondamentali in tema di divieti probatori. L'indice penale*, Padova, ano I, n. 3, set./dez. 1998.

SALLA, Thomas Mio. **As provas Ilícitas e o princípio da Proporcionalidade**. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/616/631>>. Acesso em: 05 nov. 2019

SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Prova ilícita no processo: de acordo com a nova reforma do Código de Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

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

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffré, 1992.

_____. **La Prueba de los Hechos**. Milano: Trotta, 2002.

TORRE, I Bergudo Gómez de la.; CEPEDA, A. Pérez. **Derechos Humanos y Derecho Penal: Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones**. Revista penal, nº 26, 2010.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VERDE, Giovanni. *L'onere dela prova nel processo civile*. Camerino: Jovene, 1974.

WEBER, Max. A política como vocação. *In*: GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright (Org.). **Max Weber – Ensaio de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1982.

ZILLI, Marcos. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no direito penal internacional: duas cabeças, duas sentenças. *In*: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). **Proibições probatórias no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.