

UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAPÁ

Nilze Aline Laranjeira dos Santos

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL E O POSICIONAMENTO DO STF

**MACAPÁ-AP
2015**

NILZE ALINE LARANJEIRA DOS SANTOS

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL E O POSICIONAMENTO DO STF

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Colegiado Curso de Direito da Universidade Federal do Amapá como requisito parcial para obtenção do grau para Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. João Guilherme Lages Mendes

**Macapá-AP
2015**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca Central da Universidade Federal do Amapá

345.8106

S237p Santos, Nilze Aline Laranjeira dos.

Provas ilícitas no processo penal e o posicionamento do STF / Nilze Aline Laranjeira dos Santos; orientador, João Guilherme Lages Mendes. -- Macapá, 2014.

40 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Fundação Universidade Federal do Amapá, Coordenação do Curso de Bacharelado em Direito.

1. Provas ilícitas. 2. Processo penal. 3. Princípio da prova ilícita. 4. Brasil. Supremo Tribunal Federal. I. Figueira, Sérgio Sampaio (orient). II. Fundação Universidade Federal do Amapá. III. Título.

LISTA DE SIGLAS

CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
STF	Supremo Tribunal Federal

Dedico esta obra aos meus amados pais, Antônio e Madalena, minhas maiores fontes de inspiração, por todo amor, confiança e dedicação, responsáveis pela chegada deste momento.

Aos queridos amigos e familiares, pela força e incentivo.

Amo vocês.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, quero agradecer a Deus pelo dom da vida, a partir do qual foi possível completar mais este ciclo.

À Universidade Federal do Amapá (UNIFAP) pela oportunidade de cursar esta graduação em Direito, responsável por me conceder importantíssimos ensinamentos jurídicos e de vida.

À Coordenação do Curso de Direito, em nome da Professora Mestre Helísia Góes, por sempre orientar e buscar as melhores soluções às questões levadas pelos acadêmicos.

Aos Professores do Curso de Direito da UNIFAP, responsáveis pela base do conhecimento jurídico que adquirimos nos últimos cinco anos.

Ao Professor João Guilherme Lages Mendes, pela atenção, disponibilidade e motivação com que conduziu a orientação desta Monografia.

Ao Professor Mestre Sérgio Sampaio Figueira, pelo apoio e auxílio constantes na produção do projeto desta pesquisa e no esclarecimento de todas as dúvidas a ele levadas.

Aos queridos amigos da Turma 2010, do Curso de Direito da UNIFAP, pela agradável companhia ao longo desses anos.

A todos, minha sincera gratidão.

RESUMO

Este trabalho tem como intuito abordar a temática das provas ilícitas no processo penal, relatando sobre as opiniões doutrinárias e o posicionamento do STF sobre o assunto. Este tema é de extrema relevância para a proteção dos direitos e garantias individuais e objeto de inúmeras discussões não apenas no ordenamento jurídico brasileiro. Estando prevista de maneira expressa na Carta Magna de 1988, artigo 5.º, inciso LVI, a vedação da prova ilícita no processo penal, sendo que o julgador ao apreciar a prova ilícita, tem que julgar com outros direitos materiais, seja ele de natureza, civil, administrativa, comercial, bem como aqueles que afrontem princípios e normas constitucionais. Diante disso, foi feita uma interpretação a luz da doutrina e jurisprudência do STF no processo penal. Essa pesquisa apresenta uma construção histórica da evolução das provas ilícitas, bem como do princípio da proibição das provas ilícitas, dentro do mesmo contexto a diferença entre as provas ilícitas e ilegítimas, e aborda dois pontos de discussão que é a prova ilícita por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada) e a teoria da proporcionalidade. Trabalhando a prova ilícita no processo penal extraída dos julgados da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, objetivado aproximar o conhecimento teórico desse estudo com o que vem sendo decidido pelos tribunais.

PALAVRA-CHAVE: Prova Ilícita. Processo Penal. Princípio da Proibição da prova ilícita. Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

This work has the intention to address the issue of illegal evidence in criminal proceedings, reporting on the doctrinal views and the position of the Supreme Court on the subject. This theme is very important for protection of individual rights and guarantee and numerous discusses object not only in the Brazilian legal system. Is planned so expressed in the Constitution of 1988, Article 5, paragraph LVI, the sealing of illegal evidence in criminal proceedings, and the judge in assessing the illegal evidence has to judge other material rights, be it nature, civil, administrative, commercial as well as those who affront principles and constitutional requirements. Thus, an interpretation in the light of doctrine and jurisprudence Supreme Court in criminal proceedings was made. This research presents a historical construction of the development of illegal evidence, as well as the principle of prohibition of illegal evidence, within the same context the difference between illegal and illegitimate evidence, and addresses two points discourse which is the illegal evidence by derivation (theory fruit of the poisoned tree) and the theory of proportionality. Working the illegal evidence in criminal proceedings extracted Justice of the jurisprudence of the Supreme Court, objectified approach the theoretical knowledge this study with what has been decided by the courts.

KEYWORD: Try Ilícita. Penal Process. Princípio from proibição to test ilícita. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	CONTEXTO HISTÓRICO SOBRE A EVOLUÇÃO DO SURGIMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS	11
1.1	A EVOLUÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO BRASIL	16
2	PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO BRASIL	18
2.1	DIFERENÇA ENTRE PROVA ILÍCITA E ILEGÍTIMA	20
2.2	PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO (TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA)	23
2.3	TEORIA DA PROPORCIONALIDADE	27
3	POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) A RESPEITO DO TEMA	30
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
	REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como intento tratar da questão da inadmissibilidade das provas ilícitas no Direito Processual Penal Brasileiro, bem como sua evolução histórica, e a jurisprudência do STF em relação ao tema.

A Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º, inciso LVI, dispõe que: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, e assevera no artigo 157, caput, do Código de Processo Penal, o qual atribui que: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas Constitucionais ou legais”.

Com o advento da Lei n. 11.690 de 2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, inserido também três parágrafos, tendo como objetivo regulamentar a aplicação da disposição constitucional.

Atualmente, a vedação processual da prova ilícita foi a melhor solução encontrada pelas cortes constitucionais para a proteção dos direitos e garantias fundamentais, que não podem ceder nem mesmo diante do interesse estatal na obtenção de provas, uma tutela destinada a assegurar os direitos e garantias constitucionais.

Neste contexto, surgiu o Projeto de Lei n. 156 de 2009, aprovado no Senado Federal, que propõe um novo Código de Processo Penal para o Brasil e, na sua referida proposta legislativa disciplina a questão das provas ilícitas em um único artigo. A preocupação do projeto foi de não afastar a previsão normativa do art. 5.º, LVI, limitando a incluir referência expressa no *caput*, à prova ilícita por derivação, provas obtidas, direta e indiretamente, por meios ilícitos e, ainda, ao arquivamento sigiloso em cartório da prova declarada inadmissível.

O fundamento teórico desta pesquisa referente às provas ilícitas no processo penal e o entendimento da jurisprudência do STF, e buscou apresentar os fundamentos jurídicos propostos.

Em presença disso, o objetivo geral foi analisar a prova ilícita no processo penal á luz da previsão normativa doutrina e jurisprudência do STF, apresentar as correntes doutrinárias formadas em torno do assunto proposto. Enquanto que os objetivos específicos foram:

a) compreender o contexto histórico da evolução do surgimento das provas ilícitas no direito comparado e no direito Processual Penal Brasileiro.

b) identificar o princípio constitucional do direito a prova no direito nacional que garantem as partes o direito necessário à prestação da tutela jurisdicional adequada e justa.

c) analisar a temática do uso da prova ilícita no processo penal extraídos da pesquisa da jurisprudência do STF, de modo a aproximar a abordagem teórica com que vem sendo decidido na prática pelos tribunais.

Para alcançar os objetivos propostos, realizou-se uma abordagem qualitativa, com enfoque interpretativo-compreensivo, utilizando-se como procedimento técnico, a pesquisa bibliográfica, já que se desenvolveu com base em material já elaborado, constituído de livros e artigos científicos.

O tema proposto encontra-se dividido em três partes:

No primeiro capítulo, discorre sobre o contexto histórico da evolução do surgimento das provas ilícitas, desde a Constituição Estrangeira até o processo penal brasileiro.

No segundo capítulo, fala sobre o princípio da proibição das provas ilícitas no Brasil, as diferenças entre a prova ilícita e ilegítima, a prova ilícita por derivação (*fruits of the poisonous tree*) e, a teoria da proporcionalidade.

No terceiro capítulo, discute-se especificamente como vem se posicionando nos últimos anos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação às provas ilícitas.

Dessa forma a presente pesquisa pretende contribuir para disponibilização de consultas aos acadêmicos, e principalmente para própria Universidade Federal do Amapá. Além de formar discussões sobre o assunto proposto e, contribuir para evolução do pensamento jurídico, no campo do direito Processual Penal Brasileiro.

1 CONTEXTO HISTÓRICO SOBRE A EVOLUÇÃO DO SURGIMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS

No final do século XVIII, surgiram dois documentos de imensa importância para História do Direito: a Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França (1789).

Ambos os documentos são frutos de movimentos revolucionários, com base em ideais iluministas. E como tais, tiveram como seu mais relevante ponto em comum a exposição dos direitos essenciais da pessoa, concretizando a ideia de que a Lei Maior de um Estado não deve apenas regular a estrutura política e administrativa do mesmo, mas também elencar os direitos e garantias fundamentais que deverão ser protegidos pela ordem jurídica (ANDRÉ, 2014, p. 5,6).

Com o decorrer dos anos, em quase todas as Constituições dos países foi seguido os dois modelos francês e americano que, pretenderam criar um Estado Democrático de Direito.

No entanto, em nem uma dessas Cartas Magnas continham em seu ordenamento qualquer disposição que chegasse tornar esses atos inválidos, que violassem algum direito previsto na lei, conforme aduz André (2014, p. 6):

No caso de uma prova ilícita, por exemplo, considerando que estas foram obtidas por meios inconstitucionais, evidentemente os agentes responsáveis pelo ato ilícito seriam punidos mediante as regras de direito material, no entanto, permaneceria a lacuna com relação à admissibilidade processual da mesma.

Em virtude desta lacuna constitucional, começou a surgir à ideia da exclusão de ilicitude no processo.

Nessa ordem jurídica, na aplicação dessa tese foi a dos EUA, cuja jurisprudência, já no início do século XIX, vinha se posicionando no sentido de desconsiderar no processo as provas obtidas por meios ilícitos.

Concretizava-se, assim, a chamada Teoria da *Exclusionary Rule*, segundo a qual a invalidação dos efeitos dos atos produzidos com violação aos direitos consagrados era regra implícita da própria Corte (ANDRÉ, 2014, p. 6).

Isso aconteceu em 1886, quando a Suprema Corte Americana, apreciando o caso, BOYD. v. US. Entendeu que, para que se aplicasse a *Exclusionary Rule*, seria necessário

que, na ocasião da obtenção do material probatório em tela, ocorre violação à Quarta e à Quinta Emenda. Isto é, se, apesar de desrespeitados outros dispositivos constitucionais, não houvesse ofensa a nenhuma das citadas emendas, ou ainda que ofendida apenas uma delas, a prova poderia ser aproveitada (ANDRÉ LEÃO, 2014, p. 6)¹.

Conforme Fisher (1976), Case Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886), was a decision by the United States Supreme Court, in which the Court held that “a search and seizure was equivalent to a compulsory production of a man's private papers” and that the search was “an 'unreasonable search and seizure' within the meaning of the Fourth Amendment².”

A Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, protege contra a invasão em assuntos particulares de uma pessoa, não iria permitir que o governo obrigasse a pessoa a produzir documentos privados através de intimação.

Passando quase três décadas após o Caso Boyd, a mesma corte mudou seu posicionamento ao julgar em 1914 o caso Weeks, senão vejamos:

Em 1914, no caso Weeks versus United States, a Suprema Corte norte-americana estabeleceu que o “princípio da exclusão” era aplicável aos processos federais. Nesse caso específico, àquela Corte Suprema decidiu que prova violadora da IV Emenda por “policiais federais” seria banida de um processo federal (AMARO JUNIOR, 2013, p. 9).

Conforme By White Court (1912-1914), case Weeks. v. US.

Facts: Police entered the home of Fremont Weeks and seized papers which were used to convict him of transporting lottery tickets through the mail. This was done without a search warrant. Weeks took action against the police and petitioned for the return of his private possessions. In a unanimous decision, the Court held that the seizure of items from Weeks'

¹A **Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos** assegura aos norte-americanos o direito de permanecer calado e evitar assim a autoincriminação, assim como a proteção contra buscas e apreensões descabidas. É comum os americanos invocarem a Quinta emenda quando se encontram perante agentes da administração que estão cometendo arbitrariedades ou abuso de poder. Ela não é válida quando se trata de esfera militar em tempos de guerra ou em casos de risco à segurança da população. A **Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos** é a parte da Declaração de Direitos que guarda contra buscas e apreensões. A emenda exige pesquisa e mandados de prisão a ser judicialmente autorizados, devendo estar apoiados por causa provável. Foi adotada em resposta ao abuso do mandado de assistência, que é um modelo de mandado de busca geral, na Revolução Americana. Busca e apreensão deve ser limitada de acordo com informações específicas fornecidas ao órgão emissor, geralmente por um oficial da lei. (J. A. S. Ferreira, 2012, Wikipédia).

²O Caso Boyd v. United States, 116US616 (1886), foi uma decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, em queo Tribunal considerou que"abusca e apreensão foi equivalente para a produção obrigatória de papéis privadosde um homem" e que a pesquisa foi "uma 'busca e apreensão injustificadas, na acepção da Quarta Emenda", trad. pessoal.

residence directly violated his constitutional rights. The Court also held that the government's refusal to return Weeks' possessions violated the Fourth Amendment. To allow private documents to be seized and then held as evidence against citizens would have meant that the protection of the Fourth Amendment declaring the right to be secure against such searches and seizures would be of no value whatsoever. This was the first application of what eventually became known as the "exclusionary rule"³.

De acordo com Avólio (2012, p.44), na doutrina norte-americana Fleming condenava a supressão da prova ilicitamente obtida, que não poderia ser afastada à custa de castigo à polícia pelo seu mau comportamento; e Wigmore entendia que a regra de exclusão levava a considerar o oficial da lei demasiado zeloso um perigo maior para comunidade do que o próprio assassino sem castigo; e para o juiz Cardoso, a prova obtida ilicitamente deveria ser válida e eficaz, sem prejuízo das sanções cabíveis aos responsáveis-policiais ou particulares-por sua obtenção.

Esses autores, extremamente devotados à concepção da busca da verdade real, colocavam a reconstrução da realidade como princípio inspirador do processo, argumentando prescindir de provas formalmente corretas pela tão só existência de fraude em uma obtenção seria prescindir voluntariamente de elementos de convicção relevantes para o justo resultado do processo.

André (2014, p. 6,7), menciona que além do sistema americano, o ordenamento jurídico alemão foi também um dos primeiros a aplicar a tese de não aproveitamento processual das provas obtidas ilicitamente, mais conhecida no cenário acadêmico alemão como teoria das *Beweisverbote*. O autor Ernst Beling, foi o pioneiro na discussão sobre esse assunto, publicando em 1903 a obra *Die beweisverbote als grenzen der wahrheitsforschung im strafprozess*. Apesar das semelhanças entre a teoria das *Beweisverbote* e a *Exclusionary Rule* americana, os dois institutos não se confundem. Pois, enquanto esta busca limitar as atuações abusivas das autoridades policiais, a tese germânica, surgida essencialmente em meio acadêmico, foi desenvolvida com base na própria ideia de proteção dos direitos fundamentais.

³O Caso Weeks. v. US. Fatos: A polícia entrou na casa de Fremont e apreendeu documentos que foram utilizados para condená-lo por transportes de bilhetes de loteria através do correio. Isso foi feito sem mandado de busca e apreensão. Semanas depois Fremont tomou medidas contra a polícia e pediu para o retorno de seus bens particulares. Em uma decisão unânime, o Tribunal considerou que a apreensão de artigos da residência dos Weeks violou diretamente seus direitos constitucionais. O Tribunal considerou ainda que a recusa do governo para devolver os bens violou a Quarta Emenda, que declara o direito de ser protegido contra essas buscas e apreensões seria de qualquer valor. Esta foi a primeira aplicação do que viria a ser conhecida como a "regra de exclusão", trad. pessoal.

Neste sentido Lima (2013, p. 2), aduz que o processo penal de um estado de direito é ao mesmo tempo pressuposto necessário à eventual aplicação da pena e limitador do arbítrio. Nesse diapasão, conforme já afirmou o BGH alemão a busca pela verdade não pode ocorrer a qualquer custo, de modo que a produção de provas tem de ocorrer com certos limites.

Antônio (2010, p. 403), afirma que em relação à prova proibida: entende o BGH, por exemplo, que se o acusado é confrontado com o resultado de uma gravação ilícita, as declarações daí resultantes não podem ser valoradas como prova; mas, se nas mesmas condições, menciona fatos novos, estes já não constituem prova ilícita. Em sentido contrário, segundo informa Gossel, o tribunal tem reconhecido um efeito à *distância* (*fernwirkung*) em casos de interceptação telefônica quando, através de uma operação autorizada para apuração de um dos crimes catalogados, descobre-se uma prova de outro crime, não relacionando entre os que admitem a interceptação.

Nessa concepção a doutrina e jurisprudência alemã, não tem- se manifestado contra o chamado efeito à *distância* (*fernwirkung*) em relação à prova proibida.

Como menciona Avólio (2012, p. 49), a decisão de 1954 do *Bundesgerichtshof* permite corrigir desvios semelhantes, ao enunciar o seguinte princípio geral: “O direito do homem à tutela da sua dignidade e ao livre desenvolvimento da própria personalidade deve ser respeitado por qualquer pessoa, mesmo pelos outros membros da sociedade”.

Com o advento dessa nova decisão, chegaram-se as premissas da valoração das provas ilícitas nas causas penais.

De acordo com Custódio (2011, p. 5,6), na Alemanha, o direito das partes de propor os meios de prova adveio de uma decisão (*rechtliches Gehor*) de 1957 atinentes de um procedimento civil de natureza inquisitória. Na referida decisão ressaltou-se que o poder atribuído ao juiz de produzir provas *ex officio* não exclui um direito autônomo das partes de propor meios de provas.

Posteriormente, novamente na jurisprudência da corte federal alemã, evoluiu-se para o princípio que leva em conta a relevância da prova a ser produzida em juízo. De acordo com esse princípio formulado, caso a prova indicada pela parte fosse essencial para comprovação das alegações levadas em juízo, o magistrado teria a obrigação de receber e tomar conhecimento dos conhecimentos probatórios ofertados pelas partes.

Avólio (2012, p. 46,47), menciona que a Corte Constitucional Italiana, na maior parte da doutrina rechaçava em prol da admissibilidade das provas ilícitas. Vescovi principiava por negar o conflito entre o interesse privado da defesa de um direito violado

com a obtenção da prova ilícita e o superior interesse público a ser atingido através do processo. Situava o conflito assim, entre dois interesses públicos diversos: o da Justiça, pela busca da verdade e o do respeito aos direitos fundamentais. Acentuava que o processo não se resume a uma disputa, na qual triunfa o mais hábil, forte ou poderoso, mas num instrumento que tende a consagrar uma conduta valiosa, conforme a regra moral e os princípios da lealdade e da probidade.

E na mesma definição aduz que:

Nuvolone criticava a posição de Cordero, segundo o qual a ilicitude da prova não a torna inadmissível, salvo se esta for em si mesma inadmissível, ou se ocorre uma violação a norma processual, mas reconhece sua engenhosidade. Ressaltava que o ordenamento jurídico não está constituído em compartimentos estanques, e, portanto, os institutos processuais recebem sua qualificação também de outros ramos do direito. Após indicar que a idolatria ao princípio do livre convencimento nessa matéria tem dado lugar a resultados aberrantes, concluía energicamente que a prova ilegal não pode ser utilizada no processo.

Em relação à Constituição da Republica Portuguesa de 1976, Avólio (2012, p. 54) menciona que: exemplo da Lei fundamental germânica tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º), a par de considerar inviolável a integridade moral e física das pessoas (art. 25). Ao tratar das garantias do processo criminal, é expressa ao dispor sobre as provas nulas, em seu artigo 32. 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. Por sua vez, o vigente Código de Processo Penal (Lei 48/2007, de 29 de agosto) cuida amplamente das provas nulas no tópico dedicado aos “métodos proibidos de prova”.

E em relação à entrada em vigor do Código de Processo Penal Italiano de 1988, dada sua previsão expressa. Em relação às provas ilícitas, encontra-se determinada pelo seu art. 191, sob a rubrica de “Prove illegittimamente acquisite”, dispõe:

1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate⁴.

2. L’inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in stato e grado del procedimento⁵.

Neste sentido Avólio (2012, p. 47,48), afirma que tal preceito, em sua primeira parte, vem ao encontro do pensamento de Cordeiro, que somente reputa possível dessumir a

⁴1. As provas obtidas em violação da proibição de estabilidade por lei, não pode ser usada.

⁵ 2. A usabilidade também é vista na repartição do estado e no nível do processo, trad. pessoal.

inutilizabilidade da prova ilícita diretamente do ordenamento processual. Mas não se pode perder de vista, com a normatização da regra de exclusão, que o ordenamento jurídico é uno, sem compartimentos estanques. Assim, se a regra era dessumida do sistema, no momento em que a ele se incorpora, deve, naturalmente, a ele se harmonizar. A instituição da regra de exclusão só vem reforçar a posição da doutrina italiana pela inadmissibilidade da prova ilicitamente adquirida, que não deve, contudo, ser entendida em termos absolutos.

1.1 A EVOLUÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO BRASIL

No Brasil, antes do surgimento da Constituição de 1988, apesar de não existir disposição Constitucional sobre o assunto, a questão da inadmissibilidade das provas ilícitas já eramotivo de discursões doutrinárias e jurisprudenciais, especialmente em âmbito criminal.

Nesse sentido, Canudo Mendes de Almeida, citado por MAGALHÃES (2013, p. 394), assevera:

todos os gêneros e espécies de prova podem ser objeto de investigação. E devem ser 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 (...).

Conforme destaca André (2014, p. 8), buscava-se analisar o temada prova à luz da legislação infraconstitucional, mais especificamente por meio de sistema de nulidades constante do Código de Processo Penal (art. 563 e seguintes), bem como através de aplicação analógica do art. 332 do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Destarte, interpretando-se por exclusão, os meios ilegais e os moralmente ilegítimos não seriam hábeis para provar a verdade dos fatos.

Na mesma interpretação destaca Maíra (2005, p. 23):

Referido dispositivo, ante o fato de também ter aplicação em sede penal, possibilitaria às partes lançar mão de qualquer meio de prova, ainda que não estabelecido pelo ordenamento jurídico, havendo de ser ressaltado que os meios de prova inominados ou atípicos haveriam de ser moralmente legítimos. Este já era o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante mesmo antes do surgimento da Constituição de 1988, de modo

que se entendia pela proibição da prova, em sede processual penal, que contrariasse os preceitos morais dominantes. Assim, o Supremo Tribunal Federal, chamado a manifestar-se sobre a questão, veio a repudiar as interceptações telefônicas clandestinas, quer em matéria cível, quer em âmbito penal, como já demonstrado acima.

Com a entrada em vigor da Lei Maior de 1988, art. 5º, LVI, ingressou nos autos do processo das provas obtidas por meios ilícitos.

Esses direitos e garantias fundamentais, conforme aduz MAGALHÃES (2010, p. 397, 399), “Trata-se de cláusula que reproduz a ideia desenvolvida pela jurisprudência constitucional norte-americana, no sentido de que somente a vedação absoluta do ingresso no processo da prova resultante de violação dos direitos fundamentais pode servir de obstáculo eficaz às práticas ilegais para sua obtenção”.

Desde a década de 90 do século passado, diversas propostas legislativas foram apresentadas ao Congresso Nacional visando à reforma de dispositivos do Código de Processo Penal, inclusive com o sentido de estabelecer uma disciplina mais minuciosa da vedação probatória introduzida pela Constituição de 1988. Essa modificação somente veio a ocorrer em 2008, com a edição da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art.157 do CPP, nele também três parágrafos, com o objetivo de regular a matéria.

Mesmo com o advento da Lei 11.690/2008, o Código de Processo Penal ainda possui alguns aspectos negativos em fase de adaptação ao novo ordenamento jurídico e nos avanços tecnológicos, e conforme aduz NORBERTO, (2013, p. 439):

Na atualidade, é preciso ter em mente que a regulamentação dos meios de prova existente no Código de Processo Penal **não é taxativa**, podendo ser aceitos **meios de provas atípicas ou inominados**, vale dizer, sem regulamentação expressa em lei, amplitude esta que se justifica na própria busca da verdade real que, sempre, será o fim do processo penal.

Enfim, desde que não importe em violação à Constituição Federal e às normas processuais gerais, essa categoria de provas despida de regulamentação própria terá, em tese, o mesmo valor das provas consideradas típicas ou nominadas (objeto de regulamentação legal), ou seja, um valor relativo, condicionado ao **exame conjunto** dos elementos de convicção incorporados ao processo.

2 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO BRASIL

A CRFB de 1988 consagrou como um de seus princípios mais importantes o da Proibição das provas ilícitas, que encontra-se inserido no art. 5º, LVI, o qual prescreve: “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A vedação às provas ilícitas configura-se em uma garantia individual do cidadão em qualquer tipo de processo, seja ele processo civil, processo administrativo, processo tributário ou processo penal, todo tipo de processo em que confrontar-se, Estado e particular ou particular e particular.

O conceito de prova sofreu várias modificações no decorrer dos tempos, bem como os meios de se provar os fatos, mas o principal objetivo da prova ainda é trazer a verdade ao julgador.

Assim, em síntese, a prova consiste na demonstração da existência ou veracidade daquilo que se alega em juízo. Neste contexto, FERNANDO (2012) aduz, o termo prova origina-se do latim *-probatio-*, é um conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, art. 156, I e II, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), com o propósito de levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, falsidade ou veracidade de uma afirmação, ou seja, é todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

Sobre prova, na lição de Paulo (2013, p.451), é “o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa”.

Nucci (2013, p.25), entende que:

Existem três sentidos para o termo prova: a) como ato: é o processo pelo qual se verifica a exatidão do fato alegado pela parte (ex.: fase da prova); b) como meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) como resultado: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

A prova é um dos instrumentos mais importantes dentro de um direito de defesa, pois visa à construção de fatos passados para convicção do julgador e assegura a prestação judicial. Podendo a prova ser considerada como a “alma do processo”, por ser o meio pelo qual o juiz esclarece os fatos com a finalidade de constituir sua convicção.

Para tanto, nem todos os meios de prova são admitidos para qualificar essa convicção. De acordo com o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, é absolutamente inadmissível no ordenamento jurídico pátrio a validade de provas obtidas por meio ilícito.

Na atual ordem jurídica, a nossa Carta Magna vedou as provas ilícitas no processo, predomina o entendimento de que, não se admite no direito brasileiro e, em qualquer tipo processo, a utilização de provas obtidas ilicitamente.

A vedação a prova ilícita no que aduz sobre os direitos e garantias fundamentais constitui um dos pilares da proteção constitucional à honra, à intimidade e à integridade física do cidadão, impondo a total observância as suas clausulas.

Este princípio limita o direito à prova, o qual é corolário do direito de ação, defesa e contraditório, também garantidos pela Carta Magna (art.5º, LV), conforme aduz André, (2014, p. 3):

De modo a regulamentar a sua utilização, a legislação processual prevê uma boa quantidade de meios de prova, isto é, de recursos através dos quais as provas são trazidas ao processo, tais como depoimentos, perícias e interrogatórios. No entanto, não há uma enumeração taxativa dos meios de prova que poderão ser utilizados no processo, até mesmo porque isso seria impossível para o legislador tendo em vista a imensa variedade de formas pela qual se pode provar um fato.

Conforme menciona a maioria dos doutrinadores a prova obtida por meios ilícitos não pode ser admitida no processo, senão vejamos:

Rangel (2013, p. 461), menciona que a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito, que **não admite** a prova do fato e, conseqüente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na Constituição são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o direito positivo, como no passado. Hodiernamente, o grande embate é entre normatividade e efetividade dos direitos previstos na Constituição, ou seja, estão previstos, disciplinados, consagrados (normatizados), mas não são garantidos, aplicados, concedidos (efetivados).

Renato Lima (2013), afirma que: “Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, em prol do ideal maior de um processo justo, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos”. E assevera que o Estado não pode se valer de ilícitos violadores de direitos, comprometendo assim a legitimidade de todo o sistema punitivo.

Para Távora (2010, p. 350), seria impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, onde os fins justificassem os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas. O Estado precisa ser sancionado quando viola a lei. Assegura a imprestabilidade das provas colidas em desrespeito à legislação é frear o arbítrio, blindando as garantias constitucionais, e eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo.

2.1 DIFERENÇA ENTRE PROVA ILÍCITA E ILEGÍTIMA

A CRFB de 1988 prever a inadmissibilidade da utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, inc. LVI), mas não consta no texto constitucional qualquer conceito de provas ilícitas, muito menos regramento legal acerca das consequências de sua utilização no processo.

A prova será proibida ou ilegal sempre que for obtida com violação a norma de natureza material ou com afronta a norma de natureza processual. Desse modo pode a prova proibida ser ilícita ou ilegítima.

Pode-se distinguir a prova proibida em duas espécies, a saber: as provas ilícitas e as provas ilegítimas. Tal distinção advém do momento em que ocorre a ofensa ao direito, que pode ser verificado no momento da coleta da prova, no qual viola regras de direito material ou quando é introduzida no processo, violando normas processuais.

Assim a doutrina nacional se baseia na lição do Italiano Pietro Nuvolone para conceituar prova ilegal e, distinguir as provas obtidas por meios ilícitos daquelas obtidas por meios ilegítimos.

Neste sentido a doutrina nacional tem empregado a distinção proposta por Ada Pellegrini Grinover, citado por Badaró (2012), com base em Nuvolone, considera que as provas contrárias à lei pertencem ao gênero das **provas ilegais**, que, por sua vez, se dividem em duas espécies: **provas ilegítimas** e **provas ilícitas**. As provas ilegítimas são aquelas produzidas com a violação de normas processuais (p. ex.: oitiva de uma testemunha, sem dar às partes o direito de perguntas). As provas ilícitas são obtidas com a violação de normas de direito material ou de garantia constitucional (p. ex.: um “grampo telefônico” ilegal).

A distinção, proposta por Nuvolone e acolhida na doutrina entre provas ilícitas e provas ilegítimas:

a) Provas ilícitas: violam direito material, a ilegalidade ocorre no momento da obtenção da prova, são inadmissíveis no processo (não podem ingressar nos autos e, se isso ocorrer, devem ser desentranhadas dos autos).

b) Provas ilegítimas: violam direito processual, a ilegalidade ocorre na fase de produção da prova, são nulas (e, por isso, a sua produção pode ser renovada, atendendo-se, então às regras processuais pertinentes).

Dessa forma a prova será considerada ilegal sempre que sua obtenção for por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. A prova obtida por meio ilegal deve funcionar como gênero, no qual são espécies as provas obtidas por meios ilícitos e as provas obtidas por meios ilegítimos.

Entretanto para Renato Lima, 2013 consideram-se provas ilícitas e ilegítimas as que:

[...] ilícita quando for obtida através da violação de regra de direito material (penal ou constitucional). Portanto, quando houver a obtenção de prova em detrimento de direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo, a prova será considerada ilícita. [...] ilegítima quando obtida mediante violação à norma de direito processual.

Sobre a diferença da prova ilícita e ilegítima no processo, Paulo Rangel, 2013 afirma;

São provas ilícitas as obtidas com violação ao domicílio (cf. art. 5º, XI, da CRFB) ou ao sigilo das comunicações telefônicas, sem ordem judicial (cf. art. 5º, XII, da CRFB c/c art. 1º da Lei nº 9.296/1996); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (cf. art. 5º, III, da CRFB). São provas ilegítimas, v.g., as obtidas com violação ao disposto no art. 207 c/c 210 c/c 226 c/c § 2º do art. 243, todos do CPP.

Para Rangel (2013), além dessa classificação, ainda teríamos as chamadas provas irregulares, que seriam aquelas permitidas pela legislação processual, mas na sua produção as formalidades legais não são atendidas. “...serão irregulares. Exemplo: a busca e apreensão domiciliar é permitida (cf. art. 5º, XI, da CRFB c/c art. 240 do CPP), mas o mandado deve conter todos os requisitos legais exigidos no art. 243 do CPP. Se no mandado constar que o objeto a ser apreendido é uma arma de fogo, não poderá ser apreendida uma camisa suja de sangue nem qualquer outro instrumento que não conste do mandado, sob pena de colheita de prova irregular. Do contrário, de nada vale a regra constitucional da inviolabilidade do domicílio”.

Em regra a doutrina se refere a duas modalidades de provas proibidas, as ilícitas e as ilegítimas. Por muito tempo se convencionava que as provas ilícitas seriam aquelas que violariam normas jurídicas materiais e as provas ilegítimas violam as normas de direito processual.

Para Scarance (2012), o grande problema tem consistido em saber, se devem ser aceitas no processo as provas ilícitas quando, no ordenamento processual, inexistente norma que declare a sua inadmissibilidade. Formam-se a respeito dessa questão quatro correntes fundamentais. Vejamos:

- 1.^a) a prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem produziu a prova pelo crime eventualmente cometido (Cordero, Tornaghi, Mendonça Lima);
- 2.^a) o ordenamento jurídico é uma unidade e, assim não é possível consentir que uma prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, possa ser aceita no âmbito processual (Nuvolone, Frederico Marques, Fragoso, Pestana de Aguiar);
- 3.^a) é inadmissível a prova obtida mediante violação de norma de conteúdo constitucional porque será inconstitucional (Cappelletti, Vigoriti, Comoglio);
- 4.^a) admite-se a produção da prova obtida mediante violação de norma constitucional em situações excepcionais quando, no caso, objetivava-se proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova e também constitucionalmente protegidos (Baur, Barbosa, Moreira, Renato, Maciel, Hermano, Duval, Camargo, Moniz, Aragão).

O Projeto Lei 4205/2001, sancionado em 10 de junho de 2008 a Lei nº 11.690/2008, deu nova redação ao art. 157 do Código de Processo Penal, que ao nosso entender deu por encerrada a distinção entre prova ilícita e ilegítima, unificando dando ao termo “provas ilícitas”, senão vejamos:

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). (grifo nossos)

Amaro, (2013, p. 7) aduz que: “[...] não há mais qualquer importância se a norma violada é de direito material ou processual. Assim havendo violação as normas “constitucionais ou legais” em uma prova ou meio de obtê-la esta serão consideradas ilícitas. O mais correto, dentro da ampla abrangência buscada na nova redação do art. 157, seria de nominar de normas constitucionais e infraconstitucionais, as normas passíveis de serem violadas pelos expedientes probatórios adotados pelas partes”.

Cabe ressaltar a referência ao tratamento dado á matéria pelo Projeto de Lei nº. 156 de 2009, propondo um novo Código de Processo Penal para o Brasil, sendo que a referida proposta legislativa disciplina a questão das provas ilícitas em um único artigo, com parágrafo único, com a seguinte redação:

Art. 164. São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos. Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.

De acordo com MAGALHÃES (2010, p. 410), a preocupação do Projeto foi a de não se afastar da previsão constitucional do art. 5º, LVI, limitando-se a incluir referência expressa, no caput, à prova ilícita por derivação – provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos -, e, ainda, ao arquivamento sigiloso em cartório da prova declarada inadmissível (parágrafo único).

O que se buscou, portanto foi superar os inconvenientes de certas disposições introduzidas pela Lei nº 11.690 de 2008, que revelam equívocos e imprecisões do legislador, já comentados (v. supra, ns. 3 e 4), capazes de comprometer o alcance da previsão constitucional.

2.2 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO (FRUITS OF THE POISONOUS TREE)

A doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) surgiu na Corte Suprema dos Estados Unidos da América, tendo sido exteriorizada no caso *Silverstone LumberCo, v U.S.* (1920).

De acordo com MAGALHÃES (2010, p. 401-402), a Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *Silverthon eLumberCo. v. US.*, em 1920, que a partir de então formulou a chamada *fruit of poisonous tree doctrine* ou *taint doctrine*, segundo a qual a regra de exclusão é aplicável a toda prova maculada - direta ou indiretamente -, por uma investigação inconstitucional; inicialmente formulada em relação à aplicação da IV Emenda, tal doutrina foi também posteriormente aplicada em caso de infringência ao *right tocounsel* previsto na IV Emenda. A adoção desse critério não tem levado, entretanto, a uma proibição absoluta da utilização de elementos derivados da prova ilícita pela jurisprudência americana, sendo reconhecidas algumas exceções: assim, tratando-se de uma *independent source*, ou de uma *inevitable Discovery*, a prova pode a vir a ser considerada, o mesmo ocorrendo quando for possível distinguir o meio de obtenção da prova secundária da ilegalidade inicial (*purged taint*).

Neste entendimento Amaro Junior (2013, p. 11), aduz que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, neste caso, decidiu que uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal era inválida. Destarte, a acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente na busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca.

Entende-se por esta teoria a prova ilícita produzida (árvore), tem o condão de contaminar todas as provas delas decorrentes (frutos), sendo que os vícios da planta transmitem-se aos seus frutos.

Rangel (2013, p. 466), cita um exemplo de prova ilícita por derivação:

Uma interceptação telefônica feita sem ordem judicial, em que se descobre o local onde se guarda, para fins de comércio ilegal de entorpecentes, grande quantidade de cocaína e diante de tal “prova” expede-se, por ordem do juiz competente, mandado judicial para devida busca e apreensão da mencionada substância. O mandado é devidamente cumprido nos estritos limites do art. 241 c/c 245 da Lei nº Processual Penal, bem como com respeito à regra constitucional do art. 5º, XI, da CRFB. Resultado: grande quantidade de drogas é apreendida e presos os envolvidos (vide o artigo do autor denominado Breves considerações sobre a Lei nº 9.296/1996 Interceptação Telefônica citado na Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 6, jul./dez. 1997, e na Revista Forense, v. 344).

Provas ilícitas por derivação são todos os meios probatórios que, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito da repercussão casual. Em juízo de causa e efeito, tudo que é originário de uma prova ilícita seria imprestável, devendo ser desentranhado dos autos, e os efeitos dessa ilicitude podem transcrever a prova viciada.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.690/2008, a teoria dos frutos da árvore envenenada passou a constar expressamente do Código de Processo Penal.

Na atualidade, com as alterações introduzidas ao Código de Processo Penal pela Lei 11.690/2008, a vedação à prova ilícita por derivação encontra-se expressa no art. 157, § 1.º, do CPP, estabelecendo que são 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.

Nessa concepção, MAGALHÃES (2010, p. 404), menciona:

No novo texto do § 1.º do art. 157, o legislador nacional acolheu expressamente a orientação que reconhece a inadmissibilidade processual das provas derivadas da ilicitude inicial, ressaltando, no entanto, duas situações: a) “quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras”; e b) “quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

A posição adotada pelo § 1.º foi no sentido da inadmissibilidade da prova derivada, levando em consideração o resguardo da pessoa humana e a unidade do ordenamento jurídico. Sua aceitação constituiria estímulo à violação de direitos fundamentais da pessoa humana. Funda-se na teoria dos frutos da árvore envenenada da Suprema Corte americana.

Todavia na concepção de Scarance (2012), uma aplicação extremamente rígida dessa orientação não é adequada. Já se aventou, por exemplo, possibilidade de pessoas ligadas a uma organização criminosa, até mesmo policial, produzirem intencionalmente uma prova ilícita, com isso, impedindo-se o sucesso de investigação regular em andamento, pois o obtido nessa averiguação seria considerado ilícito em virtude da contaminação ocasionada pela prova ilicitamente forjada.

Na doutrina pátria, seguindo o posicionamento de Rangel, 2013:

Toda a prova está contaminada. Se o Estado lança mão de um expediente inidôneo (entenda-se ilícito) para descobrir um fato investigado, tudo o que for descoberto que tiver relação direta com a ilicitude da prova estará contaminado.

Como já foi mencionada anteriormente a teoria da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) rejeita, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não sendo produzidos validamente, em momento imediato, são afetados, e pelo vício da ilicitude que a eles transmite de forma causal, contaminando-os.

Neste sentido, como adverte Denílson Feitosa Pacheco, citado por TAVORA e ALENCAR (2010, p. 355 a 358), a teoria dos “frutos da árvore envenenada” não é absoluta surge outras teorias decorrentes com várias limitações, sendo elas: “a limitação da fonte independente (*‘independents ource’ limitatin*), a limitação da descoberta inevitável (*‘inevitable discovery’ limitation*) e a limitação da ‘contaminação expurgada’ (*‘purgedtaint’ limitation*) ou, como também é denominada, limitação da conexão atenuada (*‘attenuated connection’ limitation*)”.

Vejamos:

Prova absoluta independente: existindo outras provas no processo, independentes de uma determinada prova ilícita, não há que se falar em contaminação e nem na teoria dos frutos da árvore envenenada, não havendo vinculação ou relação de dependência, a prova ilícita não tem o condão de contaminar as outras. **Descoberta inevitável:** Sendo a prova, circunstancialmente decorrente de prova ilícita, seria conseguida de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação. Contaminação expurgada ou conexão atenuada: sendo possível que o vínculo entre prova ilícita e derivada seja superficial ou atenuado que acabe não havendo contaminação, pois seria expurgada, sendo que a ausência do vínculo não é absoluta. **A Boa-fé:** que objetiva evitar o reconhecimento da ilicitude da prova, caso o agente de polícia ou da persecução penal, tenham atuado destituídos de dolo de infringir a lei, configurados em situações de erro. Como exemplo, o caso da polícia que cumpre mandado de busca residencial para apreender animais silvestres mantidos irregularmente em cativeiro, acaba apreendendo computadores que poderiam revelar um esquema de sonegação fiscal. Os requisitos de mandado de busca e apreensão definindo os limites da diligência estão previstos no art. 243 do CPP.

A exceção pela “**fonte independente**” (*independent source limitation*), como menciona MAGALHÃES GOMES FILHO (2010, p. 405), foi reconhecida pela Suprema Corte, no caso *Bynum v. US.*, de 1960, assim resumindo: o acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião foram tiradas suas impressões digitais que comprovavam seu relacionamento com um roubo; a prova foi excluída porque derivava da prisão ilegal. Num segundo, a acusação trouxe, para comparação, outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do FBI; assim, reconheceu-se a validade da prova, pois agora não havia conexão com a prisão arbitrária.

No caso *Nix v. Williams (Williams II)*, de 1984, a Suprema Corte concluiu que a doutrina dos frutos envenenados também não se aplicava aos casos em que a prova seria *inevitavelmente* descoberta por uma investigação legal (*inevitable Discovery*). Na situação então examinada, o acusado havia matado uma criança e ocultado o corpo. Iniciadas buscas pela polícia, com a ajuda de cerca de 200 voluntários, o acusado fez uma confissão, ilegalmente obtida, indicando a localização do corpo. A Corte considerou ilegal essa confissão, mas válida a descoberta do corpo, pois era **inevitável** e não tinha relação com a ilegalidade.

Nessas duas exceções, seus fundamentos à contaminação da prova são evidentemente distintos: sendo uma fonte independente, a prova possui duas origens diversas podendo ser a prova uma lícita e outra ilícita, mesmo que ainda advinha de fonte ilegal, seu dado probatório trazido ao processo subsiste, podendo ser validamente utilizado. Porém na

descoberta inevitável a prova é de origem efetivamente ilícita, sendo que em algumas circunstâncias ela poderia ser inevitavelmente obtida.

Como menciona Ada Pelegrini Grinover, citado por Avólio (2012, p. 71), no Brasil a posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigível com os princípios e normas constitucionais, é a que professa a transmissão da ilicitude da obtenção da prova às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo. Afirma, ainda, que a Constituição brasileira não toma partido na discussão sobre a admissibilidade das provas derivadas, deixando espaço para a construção da doutrina e da jurisprudência.

2.3 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

A Teoria da Proporcionalidade surgiu nos tribunais da Alemanha Federal onde alcançou, mais tarde, sua maior expressão (denominado *Verhältnismässigkeit sprinzip*) depois de ter sofrido uma importante evolução na jurisprudência dos Estados Unidos, onde ficou conhecida como Doutrina da Razoabilidade, que tem permitido atenuar a aplicação da vedação constitucional das provas ilícitas no processo.

Para muitos o princípio da proporcionalidade é facilmente confundido com o princípio da razoabilidade, o que é um equívoco, pois possuem origens, estruturas e formas de aplicação diferentes. Eles possuem objetivos semelhantes, mas não podem ser tratados como sinônimos. Apesar de não serem utilizados como sinônimos nossa Corte Superior insiste em atribuir que tais instintos são sinônimos.

A aplicação do princípio da proporcionalidade é utilizada para harmonizar conflito aparente de princípios ou garantias fundamentais que possam vir a surgir, de forma que prevaleça a melhor solução a ser aplicada com justiça no caso concreto, podendo este princípio afetar diretamente nas provas ilícitas assim consideradas no processo penal.

A proporcionalidade tem sido igualmente invocada para superar certas exigências relativas à produção da prova, como ocorre em relação a possibilidades de incorporação a processos de informação fornecidas por testemunhas anônimas, que evidentemente escapam do controle do contraditório.

A denominada teoria da proporcionalidade, conforme aduz MAGALHÃES (2010, P. 407), em matéria de proibições de prova, sedimentada, sobretudo, na jurisprudência do BGH alemão, com considerável acolhida também em sede doutrinária: afirma-se, em linhas gerais, que a efetiva realização da justiça penal constitui um importante interesse do Estado

de Direito, que, em determinadas circunstâncias, pode justificar o sacrifício dos direitos individuais; à vista disso, entende-se legítima a derrogação de certas regras de exclusão de prova, ditadas pelo interesse de proteção ao indivíduo, em nome da prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade.

Portanto, tal posição não constitui uma unanimidade na doutrina, sendo constantes as críticas daqueles que consideram intolerável uma compreensão dos direitos fundamentais para repressão de determinados delitos.

A maior parte dos doutrinadores admite a utilização das provas ilícitas no processo, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, sendo que seria possível a admissão das provas ilícitas no processo penal pátrio.

Vejamos:

Na concepção de Rangel (2013):

é inadmissível a prova colida com (aparente)infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-la só porque (aparentemente) colhidas ao arpejo da lei.

Por sua vez, nas concepções de Alencar e Távora (2010):

O conflito entre os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento leva o intérprete a dar prevalência àquele bem de maior relevância. Nesta linha, se de um lado está o *jus puniendi* estatal e a legalidade na produção probatória, e o do outro o *status libertatis* do réu, que objetiva demonstrar a inocência, este último bem deve prevalecer, sendo a prova utilizada, mesmo que ilícita, em seu benefício.

Conforme exemplifica, Scarance (2012), com duas situações concretas, com a necessidade de se admitir o critério da proporcionalidade:

Em determinado caso, para impedir fuga de presos considerados perigosos de estabelecimento penitenciário, violou-se, no plano de fuga, constava o sequestro de um juiz de direito, quando todos estariam reunidos em audiência em determinada comarca do Estado de São Paulo. Como a violação de correspondência é vedada pela Constituição Federal (art. 5.º, XII), a aplicação rigorosa da norma constitucional impediria o uso, como prova, das cartas interceptadas, pois obtidas por meio ilícito consistente em afronta à referida vedação constitucional.

Em outra situação, o réu obteve prova ilícita mediante interceptação telefônica não autorizada, em contradição, portanto, à Constituição Federal e à Lei 9.296, de 24.07.1996, mas era o único meio de que dispunha para provar a sua inocência.

Entende-se que o princípio da proporcionalidade deve ser invocado em sua essência, com o intuito de preservar os interesses do acusado (concepção da prova ilícita utilizada *pro reo*), portanto não há critérios objetivos que possam dar controle e segurança a sua aplicação.

Vale registrar que Guilherme de Souza Nucci (2013), discorda dessa posição. Nucci argumenta que “não há que se buscar mais a sistemática da proporcionalidade. Este método consiste em ponderar os bens em disputa: produzida uma prova ilícita, com ou sem derivados, valeria compará-la com o bem jurídico violado pelo delito. Se este for maior, deve-se o infrator. Ilustrado: para apurar a prática de um homicídio, invade-se um domicílio, sem mandado judicial, apreendendo-se provas. Estas são consideradas ilícitas, mas o crime é grave, tratando-se de delito contra a vida. Por isso, mantem-se a condenação do homicida, com base em provas ilícitas. No mesmo cenário, se o crime fosse furto (menos grave), as provas ilícitas seriam desprezadas, e o agente, absolvido”.

E exemplifica que o art. 157 do Código de Processo Penal é claro em seu critério Legislativo onde, “Inexiste proporcionalidade. Provas ilícitas são desprezadas e, com elas, todas as derivadas”.

Essa teoria acerca das provas ilícitas vem ganhando mais espaço entre a doutrina e jurisprudência. Tendo como suporte o Princípio da Proporcionalidade, prevendo hipótese sem casos extremamente graves, em que poderá ser utilizada.

3 POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) A RESPEITO DO TEMA

Mesmo antes da promulgação da CRFB/1988, a Suprema Corte Constitucional já entendia que as provas ilícitas são inadmissíveis no processo penal e com o advento da aludida norma constitucional, o STF reafirmou em seu posicionamento pela inadmissibilidade das provas ilícitas.

Neste sentido, trazem-se julgados que acolhem tal entendimento:

HABEAS CORPUS – [...] 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado. [...]6. Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento de prova ilícita. (STF – HC 80948 – ES – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 19.12.2001 – p. 4).

HABEAS CORPUS: CABIMENTO: PROVA ILÍCITA – 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. [...] (STF – HC 80949 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 14.12.2001 – p. 26).

O STF não poderia ter entendido de outra forma, senão pela inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal.

O posicionamento do Ministro Celso de Mello em decisão nos autos do RE nº 251.445, no qual discorreu sobre a extinção de provas ilícitas:

Assentadas tais premissas, devo reiterar, na linha de diversas decisões por mim proferidas no âmbito desta Corte Suprema, que ninguém pode ser denunciado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de

caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado. Impõe-se registrar, até mesmo como fator de expressiva conquista dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República, por isso mesmo, tornou inadmissíveis, no processo, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.

E em relação à teoria da proporcionalidade, o Supremo Tribunal Federal rechaça a possibilidade de se aplicar esse princípio como forma de legitimar a utilização de provas obtidas por meios ilícitos pelo Estado:

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

III. Gravação clandestina de “conversa informal” do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C. Pr. Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indicado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação – nemotenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C. Pr. Pen.- importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informal” gravada, clandestinamente ou não.

IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores – cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito – mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a

ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizada de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina – ainda quando livre o seu assentimento nela – em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (frutsofthepoisonoustree). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido. (HC n.º 80949. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence).

Inicialmente a Suprema Corte havia se posicionado pela incomunicabilidade da ilicitude das provas. O vício da prova ilícita não contamina as outras dela derivadas e decidiu que continuariam válidas as eventuais provas decorrentes das provas ilícitas. Decidiu o Supremo Tribunal Federal que a só ilicitude da prova inicial não teria o condão de contaminar todas as outras provas dela advindas.

Posteriormente o STF alterou seu posicionamento e, atualmente, tem adotado a teoriada doutrina dos frutos da árvore envenenada e ditando que a prova ilícita contamina as outras provas dela originadas. Senão vejamos:

HABEAS CORPUS – CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR – ÚNICO) – CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES) – VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO – [...] 3. As provas obtidas por meios ilícitos *contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes*; tornam-se inadmissíveis no processo e *não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento* (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5. (STF – HC 72588 – TP – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 04.08.2000 – p. 3)

Neste sentido a Suprema Corte tem adotado a doutrina dos frutos da árvore envenenada, resguardando os direitos e garantias fundamentais, e ditando que a prova ilícita contamina as outras provas dela originadas, em algumas decisões do Supremo sustenta a posição da aplicabilidade da doutrina das provas ilícitas por derivação em respeito ao princípio constitucional que veda a utilização da prova ilícita no processo penal. Em alguns casos de extrema gravidade o STF tem se socorrido do uso da teoria da proporcionalidade somente em relação á defesa, ou seja, *pro reo*, mas nunca em favor do Estado, ou *pro societate*.

Considera-se ilícita a prova criminal consistente em obtenção, sem mandado, de dados bancários da ré, e, como tal, contamina as demais provas produzidas com base nessa diligência ilegal (HC 90298/RS, 2.^a T., j. 08.09.2009, v.u., rel. Cezar Peluzo). HABEAS CORPUS – ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – PROVA ILÍCITA – AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA – ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – FRUITS OF THE POISONOUS TREE – O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. 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*. Habeas corpus concedido. (STF – HC 73351 – 1.^a T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 19.03.1999 – p. 9).

O Supremo Tribunal Federal, em vários julgados vem adotando diversas teorias que permitem, em determinados casos, a restrição da “doutrina dos frutos da árvore venenosa”.

Essas teorias do presente estudo, conforme já dito, provêm do direito norte-americano que, apesar de ser pioneiro no desenvolvimento da exclusionary rule, também desenvolveu, paradoxalmente, outras teses que impedem a aplicação do referido princípio, tais como: a limitação da fonte independente, a limitação da descoberta inevitável e a limitação da contaminação expurgada ou, como também é chamada, limitação da conexão atenuada.

Os efeitos decorrentes da adoção dessa tese pelos tribunais são os mais diversos, já que pode restringir-se a ilicitude de um simples depoimento, que pode não influenciar em nada no desenvolver da instrução processual penal, até ocasiões em que se pode formar uma

cadeia causal anulando a totalidade das provas produzidas no processo, bem como das decisões judiciais fundamentadas nelas.

Sobre tal temática, o então Ministro Sepúlveda Pertence discorreu em lúcido voto:

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.

A utilização da ‘prova ilícita’ na legítima defesa, a vedação das provas obtidas por escutas ou gravação de comunicações telefônicas, como exemplo, podem somente ser utilizadas para investigação do processo criminal mediante autorização judicial. Dessa forma pode-se analisar a jurisprudência do STF nos seguintes termos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. – gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. – Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. – A questão relativa às provas ilícitas por derivação “the fruits of the poisonous tree” não foi objeto de debate e decisão, assim não pré questionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. – A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. – Agravo não provido” (AI 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05).

O Supremo Tribunal Federal vem aceitando como lícita a prova que advenha de gravação feita por um dos interlocutores, com ou sem autorização, sem o conhecimento de outro principalmente quando é este último que comete o delito. O STF não acredita na violação do direito a privacidade, quando o interlocutor é quem grava o diálogo, exemplo, com estelionatários, sequestradores e outros, que configure a legítima defesa.

O entendimento do STF é no sentido de considerar ilícitas as provas produzidas a partir da quebra de sigilos fiscais, bancários e telefônicos se a devida fundamentação. Se forem obtidas dessa forma, essas provas deverão ser retiradas dos autos do processo. Da mesma maneira as provas decorrentes das obtidas por meios ilícitos também deverão ser desentranhadas dos autos uma vez que estariam contaminadas pela ilicitude. Em decorrência da famosa teoria dos “frutos da árvore envenenada”, pois ilícita por derivação acarreta a nulidade do processo.

Vejam-se:

ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “due process flow”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A “Exclusionary Rule” consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum”. Doutrina. Precedentes. A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sed tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contraírem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros.

A QUESTÃO DA DOCTRINA 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, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, deriva de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originalmente ilícita ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetivamente à garantia do “due process flow” 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 desrespeitam 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 (“NA INDEPENDENT SOURCE”) E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v. g.) – JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS “SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1984)”, v.g Decisão: A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 10.06.2008. (HC 93050/RJ – RIO DE JANEIRO (Jurisprudência/HC93050/RJ) HABEAS CORPUS – Relator(a): Min. CELSO DE MELLO – Julgamento: 10/6/2008 – Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação: 1º de agosto de 2008.)

Desse modo a Suprema Corte vem adotando a teoria dos frutos da árvore envenenada, resguardando mais uma vez os direitos e garantias fundamentais não permitindo que se pudesse burlar o mandamento Constitucional afastando, não apenas a prova originariamente ilícita, mas toda prova que dela derive direta ou indiretamente desde que guarde uma forte relação de causa e efeito.

Restando provado que, tanto na doutrina quanto na jurisprudência domina o entendimento da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início desta pesquisa fez-se uma breve abordagem dos procedimentos que seriam adotados, todavia cabe lembrar que o objetivo do trabalho foi analisar sob a temática das provas ilícitas no processo penal a luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e os fundamentos jurídicos que justificam esses entendimentos.

No decorrer da mesma tem-se a importância da prova ilícita, vedada no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, uma vez que obtida uma prova ilicitamente no processo penal, estará diante de um conflito entre os direitos fundamentais, que tais direitos sejam assegurados pelas partes, para não serem violados, gerando assim nulidades no processo.

Com base no desenvolvimento histórico, compreende-se que a questão do princípio da proibição das provas ilícitas, posiciona-se na inadmissibilidade das provas ilícitas, como forma de trazer a verdade ao julgador não admitindo em hipótese alguma provas proibidas no processo.

Assim as teorias aqui estudadas têm como objetivo o apoio jurídico ao magistrado para que esse possa aplicar ao caso concreto a doutrina que seja suficientemente proporcional e razoável nos julgamentos, desse modo, evitando injustiças.

No que diz respeito à teoria da proporcionalidade, embora a maioria dos doutrinadores defenda tal aplicação e por consequência as provas ilícitas a favor da sociedade em casos de extrema gravidade, a Suprema Corte não acolheu essa tese, pelo fato da Constituição não admitir esta interpretação.

Entretanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entende que, o uso inadequado pode-se relacionar ao direito da parte de serem desentranhadas dos autos as provas consideradas ilícitas, sendo que é uma das principais discussões no que dizem respeito às provas ilícitas, as ações penais que estiverem fundadas exclusivamente nas provas ilícitas, causando nulidade da sentença. A regra será sempre pela não admissibilidade das provas ilícitas nos julgados, sendo vedadas do processo.

A respeito da contaminação das provas derivadas das que são consideradas ilícitas, o STF tem se posicionado no sentido de que as provas ilícitas contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes, dessa forma acolhendo a aplicação da doutrina do “fruto da árvore envenenada” (fruit of the poisonous tree). O objetivo da Suprema Corte é vedar a utilização de provas ilícitas no processo.

Portanto, o STF ao analisar o caso concreto tem-se levado em consideração o tipo de prova ilícita (se originária ou derivada), seus efeitos no processo, e o interesse que deve prevalecer. Nos casos de conversas telefônicas, o STF já se pronunciou, entendendo ser lícita a gravação de conversas telefônicas, feita por parte da própria vítima de atos criminosos, tais como diálogo com sequestradores, estelionato, dentre outros atos criminosos que a princípio seriam ilícitas, mas que, conforme o modo de sua produção tornam-se provas ilícitas.

O Supremo Tribunal Federal, em última instância visa dar a nossa Constituição a melhor interpretação ao caso concreto, a garantia constitucional mais importante e adequada, nos crimes de maior relevância.

Neste contexto confirmou-se nas diversas abordagens que foram feitas sobre a ilicitude da prova, sendo possível perceber que as provas visam construir fatos passados e demonstrar ao julgador a verdade sobre o fato de modo a formar sua convicção.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal: esquematizado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Florense; Método, 2013.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 255 p., 23 cm. ISBN 978-85-203-4440-8.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CUSTÓDIO, Richard Santos. Da inadmissibilidade das provas ilícitas no Processo Penal . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3067, 24nov.2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20497>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005.

FISHER v. United States, 425 U. S. 391(1976), Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Boyd._v._United_States#References>. Acesso em: 28 de dezembro de 2014.

FRANCO, Ricardo Cesar. Há que se relativizar a admissibilidade de provas ilícitas?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3885, 19fev.2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26733>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

JÚNIOR, Amaro Bandeira de Araújo. Provas ilícitas no processo penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3503, 2fev.2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23631>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

LEÃO, André Felipe Torquato. A vedação das provas ilícitas e a busca da verdade no processo penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4147, 8nov.2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29976>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

LIMA FILHO, Geraldo Vilar Correia. A (in)utilidade probatória da confissão extrajudicial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3660, 9jul.2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24858>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Coord. Ana Elisa Liberatore S. Bechara. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**.3. Ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RAMOS, Maíra Silva da Fonseca. A prova proibida no processo penal: as conseqüências de sua utilização. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 837, 18out.2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7432>>. Acesso em: 9 dez. 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEMANAS v. ESTADOS UNIDOS. **O Projeto Oyez no IIT Chicago-Kent College of Law**.<http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1913/1913_461>. Acesso em: 12 de dezembro de 2014.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. Ed. rev. Atual. Salvador-Ba. Ed. Jus Podivm, 2010.