FABIANO YUJI TAKAYANAGI

**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 de mestrado

Orientador: Professor Associado Maurício Zanoide de Moraes

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2014

FABIANO YUJI TAKAYANAGI

**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 de mestrado apresentada ao
Departamento de Direito Processual da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo,
realizada sob orientação do Professor Associado
Maurício Zanoide de Moraes.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2014

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a DEUS pela iluminação e por tudo nessa vida.

Agradeço, em segundo lugar, ao Professor Maurício Zanoide de Moraes que me proporcionou essa grande experiência e depositou sua confiança em mim desde a entrevista para admissão no Mestrado. Como sempre lhe digo, foi para mim muito além de um Professor orientador de Mestrado, foi um mestre que me ensinou lições de vida e encorajou-me a vencer!

Agradeço a Eliza Matsutake, mãe como essa não há! Obrigado por me educar e me ensinar a viver, a resistir, a me dedicar, a perder, a vencer, a Amar essa pequena grande família. Sua luta é meu exemplo, minha admiração!

A Yai Saito Matsutake, minha avó com quem pude contar muitas vezes e quem cuidou de mim com muito carinho (おばあちゃん ありがとう). A Katucha por sempre me receber com alegria e dar-me momentos de descontração.

A Taís de Paiva Zanatta com quem compartilho muitas experiências e sempre esteve ao meu lado encorajando-me e recebendo-me com muito carinho. Seu Amor foi essencial para este deslinde.

Aos Professores Antônio Scarance Fernandes e Marta Saad, pelas importantes observações e críticas em meu “Exame de qualificação”. Ao Professor Gustavo Badaró pela introdução ao tema das provas no processo penal na Graduação e a todos os Professores da grande Faculdade de Direito do Largo São Francisco.

Um especial agradecimento a Carolina Cutrupi Ferreira que desde 2004 tem sido uma grande amiga. Sua energia sempre positiva me ajudou bastante, nesse Mestrado foi essencial.

Aos grandes amigos Jorge Coutinho Paschoal e Paulo Victor Freire Ribeiro. Sem vocês minha Dissertação não teria o mesmo resultado. Cada palavra e cada crítica fizeram a diferença.

A Marcio Geraldo Britto Arantes Filho por sempre ter sido muito solícito dando-me dicas de estudo e conduta para a conquista do Mestrado.

A Rafaela Nishimura e Glícia Barbosa Oliveira, pessoas maravilhosas, que me ajudaram muito no meu crescimento pessoal.

A Antônio Augusto Machado de Campos Neto que me acolheu em diversos momentos de minha vida e trouxe-me felicidade e satisfação. Um “pai postiço” que me auxiliou e impulsionou-me rumo ao sucesso!

A Nancy Belpiede Simões, tia Nancy, que me ajudou e torceu pelas minhas vitórias. Esteve sempre presente em ocasiões importantes de minha vida.

A Professora Denise Auad que me instigou ao gosto pela pesquisa acadêmica na Faculdade de Direito do Largo São Francisco e deu-me a oportunidade de ser seu Assistente na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

Aos grandes amigos Bruno Penha Galluzzi e Marcos Hideaki Sato que trazem a alegria do debate acadêmico, das conversas informais e dos momentos de descontração.

A Aline Breschigliari e Danilo Orlando pela amizade desde o ingresso na San Fran até depois de formados. Igualmente aos amigos Arthur Antônio Tavares Moreira Barbosa, Antônio de Oliveira Leite Biondi (Brasília), Bruno von Dreifus, Carlos Eduardo D’Elia Salvatori, Paulo Henrique Miguel João, Rodrigo Luis Cardozo (PR).

E aos demais amigos, colegas e funcionários da Velha e Sempre Nova Academia de São Francisco, o meu muito obrigado!

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.

RESUMO:

A presente dissertação tem como objetivo central analisar as exceções legais às provas ilícitas por derivação incorporadas no processo penal brasileiro pela Lei 11.690/08, especificamente no artigo 157 e seus parágrafos. A inovação dada pela Reforma trouxe mudanças significativas e benéficas, porém, ao mesmo tempo, em determinados pontos, apresentou confusa redação a ponto de se questionar sua constitucionalidade.

Para tanto, o caminho neste estudo escolhido perpassa pelo conhecimento da importância das provas no processo penal, a limitação do direito à prova pela ilicitude, a teoria ampla da ilicitude da prova, as teorias estadunidenses das exceções às provas ilícitas por derivação que foram adotadas pelo legislador infraconstitucional brasileiro, bem como a comprovação de aplicabilidade em outros países.

Assim, a partir desses subsídios, almeja-se construir uma estruturação para melhor possibilitar a definição da interpretação do inciso LVI, artigo 5º, da Constituição Federal, como regra pela “teoria dos princípios”, cuja Reforma seguiu plenamente na adoção da teoria ampla da ilicitude da prova e das exceções às provas ilícitas por derivação.

Por fim, essa consolidação de conceitos serve de base para análise das decisões dos Tribunais quando se referem às exceções às provas ilícitas por derivação, chegando-se à conclusão de que existe uma interpretação deficitária e diversa da raiz estadunidense.

Palavras-chave: Prova ilícita. Prova ilícita por derivação (*fruit of the poisonous tree doctrine*). Exceções às provas ilícitas por derivação. Exceções às provas ilícitas por derivação e Jurisprudência brasileira.

TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. *Criticism of the legal exceptions of fruits of the poisonous tree doctrine evidences in the criminal justice process and cases law analysis after law reform 11.690/08*. Dissertation (master's degree), Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, 2014.

ABSTRACT:

The present work analyze the legal exceptions of fruits of the poisonous tree doctrine evidences in the criminal justice process incorporated by Law 11.690/08, specifically in article 157 and its paragraphs. The innovation given by the Reformation brought significant and beneficial changes, but at the same time, at certain points, the confusing writing presented allows us to question its constitutionality.

For that, the path chosen in this study moves through the evidence importance knowledge in criminal proceedings, the limitation of the right to proof by illegality, unlawfulness broad theory of evidence, the American theories of fruit of the poisonous tree doctrine exceptions that were adopted by Brazilian in ordinary legislation, as well as its applicability in other countries.

Thus, from these subsidies, we aim to build a structure to allow the definition of the interpretation of section LVI, Article 5 of the Federal Constitution, as a "rule" by the "theory of principles" whose reform has fully followed the adoption of the broad theory of unlawfulness of evidence and fruit of the poisonous tree doctrine exceptions.

Finally, this consolidation of concepts is the basis for analysis of the decisions' Courts when referring to fruit of the poisonous tree doctrine exceptions, coming to the conclusion that there is a deficit and misguided interpretation of American roots concepts.

Keywords: Illicit evidence. Fruit of the poisonous tree doctrine evidence. Exceptions of fruit of the poisonous tree doctrine. Fruit of the poisonous tree doctrine exceptions in Brazil and Brazilian cases.

SUMÁRIO	PÁGINA
Introdução	13
Capítulo 1 – Prova, verdade e ilicitude	
1. Conceito e terminologia de prova	16
2. Verdade no processo penal	22
2.1. Ultrapassada dicotomia: verdade formal e verdade material	23
2.2. Verdade no processo penal – conceito e limites legais	26
3. Ilicitude da prova	36
3.1. Ilicitude da prova como limite do direito à prova	36
3.2. Ilicitude da prova – divisão clássica	40
3.3. Ilicitude da prova – divisão moderna (teorias)	41
3.3.1. Teorias amplas e restrita da ilicitude da prova	42
3.3.2. Ilicitude da prova (momento e causa)	43
3.4. Prova Ilícita por derivação	46
Capítulo 2 – Exceções às provas ilícitas por derivação no direito comparado	
1. Evolução das exceções às provas ilícitas por derivação nos Estados Unidos da América	50
1.1. Sistema processual estadunidense	50
1.2. As Emendas da Constituição Federal dos Estados Unidos da América relativas às provas	54
1.3. “Cases” antecedentes ao estabelecimento da “regra de exclusão”	58
1.3.1. Caso <i>Boyd v. United States</i> , 116 U.S. 616 (1886) e a proibição de elementos probatórios no processo contrários à Constituição dos Estados Unidos da América	58
1.3.2. Caso <i>Adams v. New York</i> , 192 U.S. 585 (1904) e a permissão de	60

inclusão de elementos de prova obtidos com violação à Constituição dos Estados Unidos da América	
1.4. A “regra de exclusão” (<i>exclusionary rule</i>) e os casos paradigmáticos para sua consolidação no direito estadunidense	62
1.4.1. Uma regra de exclusão ou várias regras de exclusão	66
1.4.2. Natureza jurídica e efeito da regra de exclusão	67
1.4.3. Caso <i>Weeks v. United States</i> , 232 U.S. 383 (1914) e a regra de exclusão (<i>exclusionary rule</i>)	68
1.4.4. Caso <i>Olmstead v. United States</i> , 277 U.S. 438 (1928) e a regra de exclusão (<i>exclusionary rule</i>)	70
1.4.5. Caso <i>Mapp v. Ohio</i> , 367 U.S. 643 (1961) e a confirmação da regra de exclusão (<i>exclusionary rule</i>) como parte do devido processo legal e aplicável aos Estados-membros	74
1.5. A “teoria dos frutos da árvore envenenada” e o conceito de prova ilícita por derivação	75
1.5.1. Caso <i>Silverthorne Lumber v. United States</i> , 251 U.S. 385 (1920) e a “teoria dos frutos da árvore envenenada” (<i>fruit of the poisonous tree doctrine</i>)	77
1.5.2. As exceções da prova ilícita por derivação (exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada)	78
1.5.2.1. Caso <i>Nardone v. United States</i> , 308 U.S. 338 (1939) e as exceções da prova ilícita por derivação: nexo atenuado (<i>attenuated connection doctrine</i>) e fonte independente (<i>independent source doctrine</i>)	81
1.5.2.2. Casos <i>Bynum v. United States</i> , 104 U.S. App. D.C. 368, 262 F.2d 465 (1958) e <i>Bynum v. United States</i> , 107 U.S. App. D.C. 109, 274 F.2d 767 (1960) e a exceção da prova ilícita por derivação: fonte independente (<i>independent source doctrine</i>)	83
1.5.2.3. Caso <i>Wong v. United States</i> , 371 U.S. 471 (1963) e a exceção da prova ilícita por derivação: nexo atenuado (<i>attenuated connection doctrine</i>)	85
1.5.2.4. Caso <i>Nix v. Williams</i> , 467 U.S. 431 (1984) e a exceção da prova ilícita por derivação: descoberta inevitável (<i>inevitable</i>	88

<i>discovery exception)</i>	
1.5.2.5. Caso Murray v. United States, 487 U.S. 533 (1988) e a exceção da prova ilícita por derivação: fonte independente (<i>independent source doctrine</i>)	89
2. Europa	90
2.1. Espanha	90
2.1.1. A teoria da “conexão de antijuridicidade” do Tribunal Constitucional espanhol	94
2.1.2. As exceções às provas ilícitas por derivação	99
2.1.2.1. A exceção à “regra de exclusão” do nexo causal atenuado – STC 86/1995 e STC 161/1999	99
2.1.2.2. A exceção à “regra de exclusão” da descoberta inevitável ou do descobrimento independente – STC 238/1999	103
2.2. Tribunal Europeu de Direitos Humanos	105
2.2.1. Caso <i>Gäfgen v. Alemanha</i> , nº 22978/05	106
3. Argentina	112
3.1.1. A “regra de exclusão” e a teoria dos “frutos da árvore envenenada” na Argentina	114
3.1.1.1. A “regra de exclusão” e o caso “Luciano Bernardino Montenegro” de 1981	114
3.1.1.2. A “regra de exclusão” e o caso “Diego Enrique Fiorentino” de 1984	115
3.1.2. As exceções à “regra de exclusão” ou às provas ilícitas por derivação	117
3.1.2.1. A exceção à prova ilícita por derivação da fonte independente e do nexo causal atenuado e o caso <i>Reginald Rayford</i> de 1986	118
3.1.2.2. A exceção à prova ilícita por derivação da fonte independente e o caso <i>Roque Ruiz</i> de 1987	120

Capítulo 3 – Legislação no Brasil

1. A norma-regra do inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição	123
---	-----

Federal, e suas aplicações	
1.1. A regra constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas	130
1.2. Inexistência da prova ilícita <i>pro reo</i> e inaplicabilidade da proporcionalidade	135
2. Código de Processo Penal, Lei 11.690/08 e Projeto do Novo Código de Processo Penal	140
2.1. Do Projeto de Lei 4.205/01 à Lei 11.690/08	141
2.2. A Lei 11.690/08 e o conceito amplo de prova ilícita no Código de Processo Penal	144
2.3. Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009 – Reforma do Código de Processo Penal (Anexo II)	149
2.3.1. Do trâmite no Senado	150
2.3.2. Do trâmite na Câmara dos Deputados	152
3. A Lei 11.690/08 e as exceções às provas ilícitas por derivação no Código de Processo Penal	154
3.1. Exceção à prova ilícita por derivação pelo nexos causal atenuado	154
3.2. Exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente	159
3.3. Exceção à prova ilícita por derivação pela descoberta inevitável	162
3.4. Equívocos do legislador na redação das exceções às provas ilícitas por derivação na Lei 11.690/08 e aplicação no caso concreto	165

Capítulo IV – Exceções legais às provas ilícitas por derivação nos Tribunais brasileiros

1. Esclarecimentos sobre a obtenção das decisões judiciais	170
1.1. Levantamento das decisões judiciais	173
2. Análise dos principais resultados	174
2.1. Exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente	177

2.1.1. Supremo Tribunal Federal	178
2.1.2. Superior Tribunal de Justiça	179
2.1.3. Tribunais Regionais Federais	182
2.1.4. Tribunais de Justiça	187
2.2. Exceção à prova ilícita por derivação pela descoberta inevitável	193
2.2.1. Supremo Tribunal Federal	193
2.2.2. Superior Tribunal de Justiça	195
2.2.3. Tribunais Regionais Federais	196
2.2.4. Tribunais de Justiça	198
 CONCLUSÕES	 204
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	210
ANEXO I	219
ANEXO II	221
ANEXO III	223

INTRODUÇÃO

O presente estudo trata da temática das exceções às provas ilícitas por derivação incluídas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 11.690/08, bem como seu reflexo na jurisprudência pátria.

No Capítulo 1, demos um padrão para a terminologia de “prova”, pois existem diversas acepções do mencionado termo e devem receber a forma técnica adequada, ainda que a doutrina e a legislação pátria adotem desordenadamente o termo “prova”. Isso permite uma visão mais coerente e regrada da matéria probatória.

Ainda no mesmo Capítulo, buscamos demonstrar a íntima ligação da questão probatória com a verdade no processo penal, pois é com base nos elementos de provas demonstrados ao juiz que ele apreendera sua verdade das alegações dos fatos. Ao mesmo tempo, essa busca da verdade não alcança a sua completude e é permeada ao longo desse caminho por limites legais a fim de que não seja despótica, violadora de direitos fundamentais.

Nessa linha, prosseguimos explanando que a ilicitude da prova surge como importante limite ao direito à prova, assim, as proibições probatórias como a “prova ilícita” e a “prova ilícita por derivação” constituem balizas em face do arbítrio dos entes estatal ou privado.

No Capítulo 2, fizemos um estudo aprofundado na doutrina e principalmente jurisprudência estadunidenses no qual ficou demonstrado como as Emendas da Constituição Federal dos Estados Unidos da América foram importantes para criação da matéria relativa às provas, sobretudo suas proibições e suas mitigações.

Sendo assim, demos ênfase aos institutos da “regra de exclusão”, da “teoria dos frutos da árvore envenenada”, por fim, das exceções às provas ilícitas por derivação pelo nexo atenuado, pela fonte independente, e pela descoberta inevitável.

Nesse mesmo Capítulo, escolhemos países como Espanha e Argentina que adotam as exceções legais às provas ilícitas por derivação em suas legislações ordinárias e em seus julgados, comprovando que a teoria foi plenamente aceita e adaptada. É a demonstração de que seguiram perfeitamente os conceitos originários estadunidenses.

Por fim, destacamos um julgado específico do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em que houve a aplicação de uma exceção legal à prova ilícita por derivação

pelo nexu atenuado. É a evidência da amplitude universal das exceções às provas ilícitas por derivação.

No Capítulo 3, cerne desse estudo, segmentamo-lo em três: a análise da estrutura do direito fundamental descrito no inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal; a análise infraconstitucional do Código de Processo Penal reformado pela Lei 11.690/08, que trouxe inovações relativas à ilicitude da prova; a análise específica das exceções às provas ilícitas por derivação no ordenamento processual penal brasileiro.

No âmbito de análise da Constituição Federal, há a preocupação de, com base na “teoria dos princípios”, demonstrar que o texto legal do inciso LVI, do artigo 5º, da Carta Magna, trata-se de “regra”. Para tanto, necessário foi justificar essa posição, bem como demonstrar as implicações da adoção dessa linha.

No âmbito de análise do Código de Processo Penal reformado pela Lei 11.690/08, aprofundamos o estudo com a interpretação do artigo 157 e parágrafos. Isso nos permitiu compreender a opção tomada pelo legislador infraconstitucional para adoção da teoria ampla da ilicitude da prova, do novo conceito possível de “prova ilícita”, da prova ilícita por derivação e das exceções às provas ilícitas por derivação.

Nesse mesmo item, fizemos uma sucinta análise do Projeto de Lei do Senado 156/08, que está tramitando na Câmara dos Deputados, sob a forma do Projeto de Lei 8.045/10. Percebemos desde já que não sofreu grande avanço, mas possui um texto retrógrado.

Por fim, no âmbito de análise das exceções às provas ilícitas por derivação no ordenamento processual penal brasileiro, veleamo-nos dos conceitos originários estadunidenses para verificar se tem sido aplicado de forma correta ou equivocada.

No Capítulo 4, fizemos uma análise qualitativa dos julgados nos seguintes Tribunais: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais (Primeira, Segunda, Terceira, Quarta e Quinta Regiões), Tribunais de Justiça (Acre, Alagoas, Amapá, Amazônia, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Tocantins).

A triagem dos julgados tem o objetivo de examinar a aplicação dos Tribunais no tocante às exceções legais das provas ilícitas por derivação introduzidas pela Lei 11.690/08, sobretudo pelo fato do texto normativo estar em desacordo com o verdadeiro

sentido da doutrina, cuja raiz é estadunidense, e mostrar-se confuso ou contraditório, senão inconstitucional.

À vista disso, buscamos demonstrar neste trabalho que as exceções legais às provas ilícitas por derivação têm o cunho não somente de freios à possibilidade de contornar eventuais lacunas legislativas com interpretações distorcidas ferindo direitos e garantias fundamentais, como também evitar a banalização da regra da proporcionalidade que deve ser aplicada estritamente nos casos aos quais cabe e não sob a forma de uma panaceia jurídica como vem sido utilizada.

Dessa maneira, a interpretação e a análise da estrutura do inciso LVI, do artigo 5^a, da Constituição Federal, como “regra” pela “teoria dos princípios” se mostra perfeitamente adequada. A Reforma dada pela Lei 11.690/08 seguiu essa linha, uma vez que não se permite nos autos processuais qualquer elemento de prova eivado de ilicitude, salvo por algumas exceções legais, ou seja, as “exceções legais às provas ilícitas por derivação” que rompem o nexo de ilicitude.

Capítulo 1 – Prova, verdade e ilicitude

1. Conceito e terminologia de prova

O tema da prova tem grande valia para a ciência processual, pois inevitavelmente a atividade probatória¹ e suas decorrências geram uma inegável mudança na vida do ser humano quando processado².

Contudo, não basta a simples menção do termo “prova”, comumente utilizada por uma gama elevada de juristas, para se referir a diferentes acepções de prova, pois como no processo a técnica é exigida, torna-se fundamental o correto uso dos termos tecnicamente apropriados³.

Neste sentido, é no presente Capítulo que se definirá uma linha terminológica a ser seguida por todo o estudo, a fim de se evitar equívoco ou ambiguidade no uso do termo “prova”, que não possui um sentido único, ao contrário, tanto doutrinariamente existe confusão como também na própria legislação brasileira.

Vejamos, por exemplo, que no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, está disposto: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Neste caso, a releitura do inciso seria no sentido de que serão inadmissíveis “elementos de prova” resultantes de atos de obtenção praticados com a violação de direitos do cidadão.

No Código de Processo Penal, por sua vez, artigo 156, temos que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)”; o termo “prova”, nesse caso, tem um significado de iniciativa de atividade probatória.

Esclarecendo a acepção do termo “prova”, podemos elencar, pelo menos, três significados⁴: demonstração; experimentação; e desafio.

¹Nos termos de Gustavo Badaró, atividade probatória é o “conjunto de atos praticados para a verificação de um fato. É a atividade desenvolvida pelas partes e, subsidiariamente, pelo juiz na reconstrução dos fatos” (BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 269).

² Antônio Magalhães Gomes Filho afirma que “longe de construir atividade técnica e neutra, a reconstrução dos fatos realizada no processo está visivelmente impregnada por fatores sociais, políticos e culturais, etc., variáveis no tempo e no espaço, cujo exame seria praticamente inesgotável” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 18).

³ A dificuldade das diferentes acepções do termo “prova” não é recente, conforme já se manifestou Antonio Dellepiane afirmando que “a primeira dificuldade com que se tropeça ao abordar o estudo da prova judicial, assenta na diversidade de acepções do vocábulo prova em direito processual” (DELLEPIANE, Antônio. *Nova teoria da prova*. Trad. Érico Maciel. Campinas: Minelli, 2004, p. 21).

⁴ Michele Taruffo também interpreta as três acepções de “prova” mencionadas por Antônio Magalhães Gomes Filho (TARUFFO, Michele. *La prueba de los echos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Milano: Trotta, 2002,

Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, a acepção do termo “prova” pode ter o significado de “demonstração”, ligada à noção de verdade, ou seja, a apresentação de elementos de informação para decidir se uma afirmação ou negação de um fato é verdadeira, a parte deve demonstrar ao julgador a veracidade de suas proposições para que sua pretensão seja aceita.

Outra acepção é a prova como “experimentação”, isto é, testes para que se possa avaliar determinada proposição como verdadeira. 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 investigação⁵.

Por fim, Antônio Magalhães Gomes Filho apresenta prova como um “desafio”, no tocante a um obstáculo a ser superado como condição para se alcançar o reconhecimento de certas qualidades ou aptidões. No sentido processual, é o caso do “ônus da prova como o encargo que incumbe à parte demonstrar um fato alegado”⁶, ou nos antigos juízos de Deus ou Ordálias.

No entanto, além do conhecimento das acepções, é necessário definir um léxico técnico processual para “provas”; assim, um primeiro entendimento sobre tal tema deve ser feito acerca da diferença entre *elemento de prova* e *resultado de prova*.

Elemento de prova está ligado aos dados objetivos que podem confirmar ou negar determinada asserção relativa a um fato que interessa à decisão da causa⁷. De tal modo, nos termos de José I. Cafferata Nores, é todo dado objetivo que se incorpora legalmente no processo capaz de produzir um conhecimento certo ou provável acerca da amplitude da imputação delitiva⁸.

pp. 441-443); Guilherme Madeira Dezem (DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008, pp. 81-82).

⁵GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005, p. 306.

⁶GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas sobre cit.*, p. 306.

⁷Em inglês, *elemento de prova* é denominado *evidence* que seria “prova (subjettiva); demonstração; comprovação; evidência; documento comprobatório; documentação; justificação” (MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês*. Rio de Janeiro: Barriester’s, 1994, p. 318). Nos termos do Black’s Law Dictionary, *elemento de prova* tratado como *evidence* pela doutrina norte-americana significa qualquer espécie de prova, ou matéria probatória, legalmente apresentada no julgamento de um caso, por ato das partes e por via das testemunhas, gravações, documentos, exibição de objetos concretos, etc., com o objetivo de induzir o convencimento da corte ou dos jurados. Seriam exemplos o testemunho, os escritos, os objetos materiais, ou as outras coisas apresentadas à percepção com o objetivo de provar a existência ou inexistência do ato (BLACK, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary*. 6ed. St. Paul: West Publishing Co., 1996, p. 555).

⁸CAFFERATA NORES, José I. *La prueba en el proceso penal*. 5ed. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 16.

Já o *resultado da prova*⁹ é a conclusão extraída dentre os diversos elementos de prova existentes acerca de um determinado fato que, segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, “é obtido não apenas pela soma daqueles elementos, mas sobretudo por meio de um procedimento intelectual feito pelo juiz, que permite estabelecer se a afirmação ou negação do fato é verdadeira ou não”¹⁰.

Nas palavras de Gustavo Badaró, *resultado de prova* é “a conclusão do juiz sobre a credibilidade da fonte e a atendibilidade do elemento obtido”¹¹.

Dessa forma, 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”¹².

São exemplos de elemento de prova a declaração de uma testemunha sobre certo fato, ou a opinião de um perito especialista no tocante à matéria específica.

Assim, quando nos deparamos diante de um convencimento judicial, devem estar presentes a noção subjetiva do julgador necessariamente fundada nos dados objetivos (elementos de prova introduzidos no processo) e o nexo de causalidade entre os elementos de prova produzidos e o resultado de prova.

Por exemplo, no artigo 593, III, “d”, do CPP, ocorre a simples menção “prova”, mas na verdade, trata-se de resultado de prova, pois temos uma decisão dos jurados contrária ao conjunto de elementos de prova constantes nos autos, logo passível de recurso.

Devemos, igualmente, fazer distinção entre *fonte de prova*, *meios de prova* e *meios de investigação da prova*. Designam-se *fontes de prova* as pessoas ou as coisas por meio das quais se poderiam obter os elementos de prova. Destinam-se às partes processuais, uma vez que estão incumbidas de provar alegação dos fatos, porém especialmente destinam-se ao juiz que apreenderá tais alegações e decidirá. São exemplos de fonte de prova pessoais: as testemunhas, as vítimas, os peritos, e de fontes de prova reais os documentos.

⁹ Em inglês, *resultado de prova* é denominado *proof* que seria “prova (objetiva)” (MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês*. Rio de Janeiro: Barriester’s, 1994, p. 421). Nos termos do Black’s Law Dictionary, *resultado de prova* é tido como *proof* pela doutrina norte-americana e significa o efeito da prova, o estabelecimento do fato pela prova. Qualquer fato ou circunstância que conduz a mente para afirmação ou negação da proposição, portanto, a convicção ou persuasão da mente do juiz ou dos jurados pela exibição da prova, ou a realidade do fato alegado. O estabelecimento pelas provas de em um grau de convencimento de um fato na mente do julgador ou fato ou da Corte (BLACK, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary* cit., p. 1215).

¹⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas sobre* cit., p. 308.

¹¹ BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. *Processo* cit., p. 270.

¹² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas sobre* cit., p. 307.

Meios de prova, segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, são “os instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova). São, em síntese, os canais de informação de que se serve o juiz”¹³.

Gustavo Badaró, quanto às fontes de prova e aos meios de prova, chega à seguinte conclusão: “as fontes de prova, portanto, são anteriores ao processo. Todavia, quando se tem o conhecimento de uma fonte de prova, elas podem ser levadas à apreciação do juiz, o que é feito pela sua introdução no processo, pelos meios de prova”¹⁴.

Dessa forma, quando afirmamos prova por testemunho ou prova documental, significa dizer que a representação do fato foi obtida *por meio* do testemunho, ou *por meio* do documento, portanto, é intraprocessual e produzida na presença do juiz. Exige a constatação visual com o conhecimento e a participação das partes para fixação dos dados probatórios no processo. Há, por conseguinte, a presença do contraditório.

Não devemos confundir com os meios de investigação de prova ou meios de pesquisa de prova ou *meios de obtenção de prova* que, segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, “dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo)”¹⁵.

Os meios de investigação de prova têm a característica de serem invasivos aos direitos fundamentais, logo, necessitam de maior regulamentação. São exemplos a interceptação telefônica (artigo 1º¹⁶, Lei 9.296/1996); as “quebras” de sigilo financeiro (artigo 1º, §4º¹⁷, Lei Complementar 105/2001), a “quebra” de sigilo fiscal (artigo 198¹⁸, do

¹³GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas sobre cit.*, p. 308.

¹⁴BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 166.

¹⁵GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas sobre cit.*, p. 309.

¹⁶“Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça”.

¹⁷“Art. 1º Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: I – de terrorismo; II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; IV – de extorsão mediante sequestro; V – contra o sistema financeiro nacional; VI – contra a Administração Pública; VII – contra a ordem tributária e a previdência social; VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX – praticado por organização criminosa”.

¹⁸“Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira

Código Tributário Nacional); a infiltração, por policiais, em atividade de investigação ou a ação controlada (artigo 3º¹⁹ da Lei 12.850/13); etc.

O “objeto da prova” é outro importante ponto a ser definido. No processo penal regido pelo sistema acusatório, os enunciados ou as alegações sobre os fatos formulados pelas partes devem ser provados e o juiz formará sua convicção com base nas teses e antíteses a ele apresentadas. Desse modo, definimos como objeto da prova as afirmações sobre os fatos alegados pelas partes²⁰.

Contudo, o “objeto da prova” não se confunde com o “*thema probandum*” que é o conjunto de fatos juridicamente relevantes, cuja existência ou inexistência deve ser provada no curso da instrução²¹.

Assim, a fixação do “*thema probandum*” é a seleção dos fatos escolhidos pelas partes que devem ser provados, ou seja, constrói-se um elo entre aquilo que foi alegado, pelo autor e pelo réu, e sua demonstração mediante os meios de prova a serem introduzidos no processo.

do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa”.

¹⁹“DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA - Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada; II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de prova de informações de interesse da investigação ou da instrução criminal”.

²⁰ Destoamos da posição de parte da doutrina brasileira que define o objeto da prova como sendo os fatos que as partes pretendem demonstrar. Segundo José Frederico Marques, objeto da prova “é a coisa, fato, acontecimento, ou circunstância que deva ser demonstrado no processo” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal* - Vol. II. 1ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 254). Guilherme de Souza Nucci afirma que “objeto da prova são, principalmente, os fatos cuja veracidade as partes desejam demonstrar” (NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 51). Nessa mesma linha, Paulo Lúcio Nogueira que ensinava: “o objeto da prova no processo são todos os fatos principais ou secundários que exijam apreciação e comprovação” (NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 7ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 146). É também o entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. III. 10ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 204).

²¹ José Frederico Marques cunha o “*thema probandum*” como “objeto *in concreto* da prova” que seriam os fatos relevantes para a decisão do litígio no qual toda prova impertinente ou irrelevante deveria ser excluída da instrução probatória. Dessa forma, os fatos que não pertencessem ao litígio ou não tivessem relação alguma com o objeto da acusação seriam considerados fatos sem pertinência, logo excluídos do âmbito da prova *in concreto* (MARQUES, José Frederico. *Elementos* cit., pp. 254-255).

Quanto ao “objeto da prova”, Gustavo Badaró esclarece: “o que se provam não são os fatos, mas sim as *alegações dos fatos*. Os fatos são acontecimentos históricos que existiram ou não existiram. Assim, os fatos ou existem ou são imaginários. O que pode ser verdadeiro ou falso e, portanto, passível de prova são as afirmações quanto à existência do fato”²².

Jordi Ferrer Beltrán afirma que se o “objeto da prova” são os enunciados sobre os fatos formulados pelas partes, parece claro que a convicção, a certeza ou qualquer atitude mental do juiz que se queria buscar como finalidade da prova deverá estar referida a esses enunciados. Assim, não enxerga outra possibilidade a não ser sustentar que a certeza ou a convicção do juiz versa sobre a verdade do enunciado²³.

Segundo Michele Taruffo, o “objeto da prova” é o fato do qual o elemento de prova oferece a demonstração ou confirmação. Assim, o mesmo fato é afirmado como verdadeiro depois da incorporação e valoração da prova e se o respectivo enunciado parece crível na medida em que é confirmado pelo resultado da prova. Nesse sentido, o “objeto da prova” é a asserção fática sobre o que versa o elemento de prova, ou seja, aquilo que determinado elemento de prova é capaz de demonstrar²⁴.

Portanto, o “objeto da prova” é a alegação dos fatos e não os fatos, pois estes não são possíveis de se alcançar em sua plenitude apenas sob a forma de dados históricos. Assim, a argumentação processual está pautada nessas alegações dos fatos que as partes elegem como relevantes e embasam nos elementos de prova, incluindo-os no processo. O juiz, por sua vez, faz uma análise racional dessas alegações para formar sua convicção e decidir.

Por todo o exposto, haja vista que o termo “prova” pode ter diferentes acepções e estas não têm a devida atenção de parte da doutrina, há uma tendência em se denominar tudo com apelo único: “prova”. Há que se conhecer a diferença e adotar uma linearidade na adoção dos conceitos de “elemento de prova”, “resultado de prova”, “fonte de prova”, “meio de prova”, “meios de obtenção de prova”, “objeto da prova” e “*thema probandum*”.

Demonstrou-se, assim, que o emprego da exposta terminologia é essencial para a correta menção e delimitação na ciência do estudioso processualista, por tal razão, é importante a sua aplicação de forma unificada por este trabalho apresentado.

²²BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. *Processo* cit., p. 277.

²³FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 70-71.

²⁴TARUFFO, Michele. *La prueba* cit., p. 455.

2. Verdade no processo penal

É inegável a necessidade da busca da verdade no processo penal, ainda que não alcançável em sua plenitude, mas suficientemente uma “verdade aproximada” ou “relativa”.

Sendo o processo penal um instrumento no qual a enunciação²⁵ é essencial para a argumentação jurídica, aceitamos que a verdade seja “apreendida” pelo juiz²⁶ e esteja longe de ser puramente objetiva, mas sim subjetiva por ser fruto de uma decisão humana.

Por tais razões, a fim de evitar qualquer arbitrariedade na busca dessa verdade processual, ela deve estar intimamente atrelada a regras legais e principalmente em

²⁵ A enunciação é o funcionamento da linguagem por um ato individual de utilização, isto é, nas palavras de Eric Landowski, “é o ato pelo qual o sujeito faz ser o sentido, e o enunciado, o objeto cujo sentido faz ser o sujeito”. A subjetividade da linguagem ao enunciar é certa propriedade que possibilita a comunicação, é na e pela linguagem que o homem se constitui como sujeito, uma vez que, na verdade, só a linguagem funda, na sua realidade, que é a do ser, o conceito de *ego*. Essa subjetividade coloca o locutor como sujeito remetendo a si mesmo no discurso, que é exposto pela linguagem, por conseguinte na formação de um enunciado. (FIORIN, José Luiz. *As astúcias da enunciação – as categorias de pessoa, espaço e tempo*. 2ed. São Paulo: Ática, 2002, pp. 31-41).

²⁶ É comum o juiz ser comparado ao historiador, porém fazemos ressalvas. 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” (CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. 2ed. São Paulo: Pillares, 2009, p. 71). A missão histórica desse juiz de Carnelutti não estava somente imbuída na reconstrução de um fato, não poderia se limitar aos aspectos externos, mas também ao interior do homem, mais especificamente na alma do imputado. Terreno este sob o risco de atribuir ao imputado a alma do próprio julgador, assim, julgar o que o outro sentiu à luz dos sentimentos, das compreensões, do que se quiser. Não se julgaria apenas a vontade, mas a ação do homem colacionada por meio dos diversos atos em conjunto.

Contudo, conforme Michele Taruffo, não faltam diferenças que separam o juiz do historiador, a começar pela possibilidade de o magistrado somente se poder valer de meios indiretos para reconstituição dos acontecimentos passados, que seriam individuais e irrepetíveis. Ainda, o pesquisador científico, de seu lado, pode ter contato direto com os objetos de estudo e reproduzi-los em laboratórios, observá-los diretamente. Sua preocupação está mais voltada à determinação de leis, constantes, grandes tendências e transformações econômicas e políticas (TARUFFO, Michele. *La prueba* cit., p. 338).

Antônio Magalhães 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 “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* cit., pp. 44-45).

Ocorre, igualmente, o distanciamento do historiador com o juiz quanto à obrigatoriedade das tarefas, vez que o juiz tem obrigação de se chegar a uma conclusão independentemente do material probatório produzido, se suficiente ou não, já o historiador tem um campo ilimitado no alargamento de sua pesquisa, ou seja, pode investigar enquanto não estiver convencido.

Por derradeiro, pode-se elencar a diferença no tocante aos métodos utilizados como no caso da colheita de material informativo, ou na seleção e avaliação de dados obtidos. O historiador pode inovar quanto aos métodos a serem adotados, ou valer-se daquele que melhor lhe satisfaz, bem como emitir impressões pessoais, já o juiz tem sua atuação disciplinada por regras legais relativa aos momentos probatórios.

consonância com os direitos fundamentais que norteiam o convívio pacífico social em face de eventuais ingerências por parte do Estado-juiz.

Diante disso, será demonstrado com base nessa linha de raciocínio que a verdade processual não é absoluta, porque não é algo objetivo ou inquestionável. Igualmente, não pode ser negada e necessita de limites com a função de frear eventual investigação arbitrária dos fatos, apresentando-se, pois, como um norte ao processo penal a ser seguido.

2.1. Ultrapassada dicotomia: verdade formal e verdade material

Até por volta de meados do século XX, a verdade comumente era dividida em duas: a verdade material buscada no processo penal e a verdade formal buscada no processo civil.

A doutrina distinguiu da seguinte forma: a “verdade formal” no processo civil, pois supostamente mais regrado e com conteúdo informativo menor, e a “verdade material” no processo penal, pois supostamente mais aprofundado e menos regrado pelo fato de se buscar uma verdade substantiva e investigada fora do processo.

Essa verdade material ou real tem raiz na disseminação de uma cultura inquisitiva, conforme afirma Eugênio Pacelli de Oliveira, que “terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal”²⁷.

A doutrina elegeu a instauração do processo como o marco para se determinar a espécie de verdade. Assim, toda e qualquer verdade descoberta anterior a esse marco era chamada de “verdade real ou objetiva”, e toda e qualquer verdade descoberta posterior ao marco era chamada de “verdade formal ou judicial”.

Nesse mesmo sentido, Jordi Ferrer Beltrán²⁸ define a “verdade material” como aquela encontrada fora do processo judicial, a também conhecida como a verdade *tout court*. Esse tipo de verdade estaria dependente de sua correspondência com o mundo, isto

²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 333.

²⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. 2ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 62-63.

é, a ocorrência dos fatos, cuja existência se afirme, ou da não-ocorrência dos fatos, cuja existência se negue. Portanto, é uma verdade inalcançável.

E a “verdade formal”, segundo Jordi Ferrer Beltrán, a obtida no processo como resultado de atividade probatória, que poderia coincidir ou não com a verdade material. E com a coincidência ou não dos fatos ocorridos, atribuir-se-ia o predicado verdadeiro de maneira formal aos fatos apreendidos pelo juiz na sentença ou pelo tribunal no acórdão. Assim, essa declaração dos fatos provados se tornaria verdadeira pelo fato de existir, no sentido formal, o seu pronunciamento por um órgão judicial²⁹.

Contudo, quando declaramos a verdade de fatos no processo, não existem diferenças entre “verdade material” e “verdade formal”, pois há tão somente uma única verdade a ser buscada num determinado sistema probatório.

Defende essa posição Michele Taruffo porque não se poderia sustentar a justificação da dicotomia pelo simples fato que uma seria determinada fora do processo e a outra dentro do processo e por intermédio das provas. Igualmente não justificaria a existência de regras jurídicas e limites de naturezas distintas (regras como de valoração), que serviriam para excluir a possibilidade de se obter verdades absolutas, mas o suficiente para diferenciar uma da outra³⁰.

Tal posicionamento não é recente, pois Francesco Carnelutti já deixava evidente a inexistência dessa dicotomia entre verdade material e verdade formal. Afirmava que “a verdade que se obtém com os meios legais, somente pode ser a segunda e de maneira alguma a primeira. Dizer, portanto, que prova em sentido jurídico é a demonstração da verdade formal ou judicial, ou dizer, entretanto, que é a determinação formal dos fatos discutidos, é no fundo, a mesma coisa: aquela é somente uma expressão figurada e esta uma expressão direta de um conceito essencialmente idêntico”³¹.

Além disso, quando permitimos essa distinção, remontamo-nos à verdade real atrelada ao juiz inquisidor, despreocupado com as garantias. É o juiz que procura um culpado para justificar a sua verdade.

Por outro lado, não faltavam aqueles que defendiam a busca da verdade material com, por exemplo, Rogério Lauria Tucci que a definia como uma das regras orientadoras

²⁹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad* cit., pp. 62-63.

³⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba* cit., pp. 24-25.

³¹ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil* - Trad Lisa Pary Scarpa. 2ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 73.

do processo penal, cujo significado era “a reconstrução atingível de fato relevantes e metaprocessual, inquisitivamente perquirida para deslinde da causa penal”³².

Joaquim Canuto Mendes de Almeida também afirmava que no processo crime visava-se a revelação da verdade real, por isso, as partes não podiam modelar a relação material de direito como resultante da contrariedade puramente formal que desenvolvem no procedimento e, assim, o juiz era inquisitivo³³.

Inclusive Erich Döring quando defendia que o processo estava estruturado no sentido de se alcançar a verdade completa. Seu exame estava pautado na determinação obrigatória do estado dos fatos no processo partindo de uma base, que não deveria na realidade dar lugar a discrepâncias, de que, em princípio, é possível buscar a verdade. Ainda, enfatizava que lograr a verdade material era tão importante que considerava muitas vezes o critério capital para resolver os problemas relacionados à comprovação dos fatos³⁴.

E igualmente José Frederico Marques que denominava a verdade no processo penal como “verdade real”. Seus argumentos convergiam no sentido de que todos os meios hábeis poderiam ser empregados a fim de se descobrir o culpado e conhecer todas as circunstâncias da infração. Era a favor de qualquer diligência probatória que pudesse esclarecer a verdade³⁵ no juízo penal e na fase preparatória da investigação feita pela Polícia Judiciária, desde que respeitados os limites constitucionais e garantias das pessoas humanas.

Posicionamo-nos no sentido de que essa noção de busca da verdade real de Frederico Marques e de tantos outros doutrinadores se mostra um tanto discricionária, pois não há como se defender a busca dos fatos a qualquer custo sob pretexto da descoberta da verdade e, ao mesmo tempo, aceitar direitos e garantias para frear possíveis excessos do investigador. Há um grande risco desses limites legais se tornarem inócuos, pois o único fim do processo seria a verdade real e essas garantias apenas simples proteções textuais.

Diante disso, não devemos distinguir verdade material da formal, pois ambas culminam em uma mesma verdade, que se demonstra inatingível em sua plenitude e não deve ser o único fim do processo. Urge, portanto, a formação de sistemas de controle dessa busca, o próprio sistema acusatório se transformando em uma maneira de limitação à busca

³² TUCCI, Rogério Láuria. *Princípios e regras* cit., p. 145.

³³ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, pp. 106-107.

³⁴ DOHRING, Erich. *La prueba su practica y apreciación – La investigación del estado de los hechos en el proceso*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1972, pp. 6-7.

³⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal* - Vol. II. 1ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 270.

da verdade, concomitantemente atrelado à constitucionalização de garantias materiais e processuais em defesa do imputado.

2.2. Verdade no processo penal – conceito e limites legais

Quando se analisa o conceito de verdade, temos que nos remeter aos seus estudos originários nos ensinamentos dos filósofos Aristóteles e Tomás de Aquino.

O conceito da verdade aristotélica é descrito com a seguinte frase: “Dizer do que é que não é, ou do que não é que é, é falso, enquanto que dizer do que é que é, ou do que não é, é verdadeiro”³⁶. É a verdade como correspondência.

O ser verdadeiro de Aristóteles é uma afecção da mente, ou seja, “consiste na operação de juntar ou separar as noções de coisas que são realmente unidas ou realmente separadas: o verdadeiro é, com efeito, a afirmação de que é unido ou o ato de unir o que realmente é unido e a negação de que é unido ou o ato de separar o que é realmente separado”³⁷.

Por essa razão, o “ser” (verdadeiro) e o “não-ser” (falso) consistem na união ou na separação operada pelo pensamento que só subsistem no âmbito do pensamento, portanto, um ato subjetivo.

Vicenzo Coceo identifica o princípio fundamental da teoria do conhecimento e da ontologia de Aristóteles na seguinte frase: *Quantum quidque habet ipsius esse, tantum et veritatis habet*. Por outras palavras: “ser e verdade são convertíveis, porque o que é causa do ser de uma coisa é causa da verdade dessa mesma coisa”³⁸.

Tomás de Aquino, teólogo da idade medieval, adaptou o modo de pensar aristotélico às doutrinas da Igreja Católica e atribuiu ao intelecto humano o poder de criar verdades imutáveis a partir de percepções mutáveis.

³⁶ TARSKI, Alfred. *A concepção semântica da verdade - textos clássicos de Tarski*. Orgs. Cezar Augusto Mortari; Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2007, p. 160.

³⁷ ARISTÓTELES. *Metafísica – ensaio introdutório*. Vol I. Trad. Giovanni Reale. São Paulo: Loyola, 2001, p. 78.

³⁸ ARISTÓTELES. *Metafísica – Livro I e Livro II* cit., p. 40.

Na sua obra *Quaestiones disputate de veritate (quaestio I e IV) e de differentia verbi divini et humani*, em sua primeira indagação sobre a verdade há a afirmação: “Parece que o verdadeiro é totalmente idêntico ao ente”³⁹.

Tal afirmação está correlacionada ao seu raciocínio no sentido de que o verdadeiro e o ente de modo algum diferem, isto é, não “diferem por essência, pois todo ente é verdadeiro por sua essência; não diferem por qualquer diferença, pois então seria necessário convirem em algum gênero comum. Portanto são em tudo idênticos”⁴⁰.

Tomás Aquino defendeu a ideia de que a relação ente e intelecto é inerente para o conhecimento da coisa, é *adaequationem rei et intellectus*, ou seja, o ente deve concordar com o intelecto, ou melhor, é a adequação do intelecto à coisa resultando no verdadeiro.

Foram suas palavras: “aquilo que o verdadeiro acrescenta ao ente, a saber, a conformidade ou adequação da coisa e do intelecto, a cuja conformidade, como se disse, segue-se o conhecimento da coisa: assim, pois, a entidade da coisa precede a noção da verdade, contudo o conhecimento é certo efeito da verdade”⁴¹.

A verdade de Tomás de Aquino também é um ato subjetivo, conforme se aduz pela seguinte passagem de sua obra: “as coisas são na alma não por essência, mas por suas espécies (...), se pois a verdade encontra-se principalmente na alma, então não será essência da coisa, mas sua semelhança e espécie e o verdadeiro será uma espécie do ente existente fora da alma”⁴².

Tais noções sobre verdade permitiram que Alfred Tarski elaborasse uma teoria que se encaixa na prática do processo penal: a teoria da concepção semântica da verdade como correspondência.

³⁹ AQUINO, Tomás de. *Verdade e conhecimento*. Trad. Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 139.

⁴⁰ AQUINO, Tomás de. *Verdade e conhecimento* cit., p. 141.

⁴¹ AQUINO, Tomás de. *Verdade e conhecimento* cit., p. 149.

⁴² AQUINO, Tomás de. *Verdade e conhecimento* cit., p. 157.

O termo “verdadeiro”, para Alfred Tarski, tem um grande número de significações, por exemplo: psicologicamente, pode-se referir a emoções verdadeiras ou a crenças verdadeiras; no âmbito estético artístico, pode-se analisar a verdade ligada a um objeto, porém seu foco está voltado à noção lógica de verdade, especificamente, quanto às sentenças quando se referem aos objetos linguísticos formados por sequências de sons ou de signos escritos.

A raiz de toda teoria tarskiana está em Aristóteles, de tal sorte que: “Dizer do que é que não é, ou do que não é que é, é falso, enquanto que dizer do que é que é, ou do que não é que não é, é verdadeiro”⁴³. A expressão de falso é dita como sinônimo de não-verdadeiro.

Essa noção apenas permite dizer o que determinada coisa é, ou não é, logo, há que se atentar aos possíveis desvios de significado próprios da linguagem. Assim, Alfred Tarski transpõe a verdade aristotélica para o seguinte: “Uma sentença é verdadeira se denota o estado de coisas existentes. A verdade de uma sentença consiste em sua conformidade (ou correspondência) com a realidade”⁴⁴.

Nesse sentido, a verdade poderia ser demonstrada formalmente, isto é, o primeiro passo é a formalização da linguagem quando são estabelecidas regras sintáticas formais que permitem, em particular, distinguir uma sentença de uma expressão que não é uma sentença pelo simples exame da forma de expressão⁴⁵.

O segundo passo seria a formulação de regras de demonstração ou inferência. E por meio dessas regras, uma sentença é considerada diretamente derivável de sentenças dadas se, de modo geral, sua forma relaciona-se de uma maneira prescrita com as formas das sentenças dadas⁴⁶.

Entende-se como “sentença dada” aquela demonstrada formalmente. A primeira sentença na sequência seria um axioma e cada uma das seguintes ou é um axioma ou, então, é derivável diretamente de outras que precedem na sequência através de uma das regras de demonstração, e a última na sequência é aquela que deve ser demonstrada⁴⁷.

Trata-se de uma noção puramente formal na qual o procedimento somente se mostra adequado se todas as sentenças obtidas com sua base apresentarem-se verdadeiras e se todas as sentenças verdadeiras puderem ser obtidas com seu auxílio.

⁴³ TARSKI, Alfred. *A concepção semântica da verdade* cit., p. 204.

⁴⁴ TARSKI, Alfred. *A concepção semântica da verdade* cit., p. 205.

⁴⁵ TARSKI, Alfred. *A concepção semântica da verdade* cit., p. 225.

⁴⁶ TARSKI, Alfred. *A concepção semântica da verdade* cit., p. 225.

⁴⁷ TARSKI, Alfred. *A concepção semântica da verdade* cit., p. 226.

Conclui Alfred Tarski que “a noção de sentença verdadeira atua, assim, como um limite ideal que nunca pode ser atingido, mas do qual tentamos nos aproximar através da ampliação gradual do conjunto de sentenças demonstráveis”⁴⁸.

Nessa linha, Luigi Ferrajoli, respaldado na concepção semântica da verdade como correspondência, invoca os ensinamentos tarskianos. Parte do pressuposto que um juiz penal comprova e declara como verdadeiro, isto é, o predicado da verdade processual se decompõe em dois juízos ou proposições: fático e jurídico.

Por exemplo, a frase: “Tício cometeu ou não cometeu culposamente tal fato indicado na lei como delito”⁴⁹. A proposição fática é a que Tício teria cometido culposamente tal fato, que poderia ser comprovado pela prova da ocorrência desse fato, portanto resolúvel via indução. A proposição jurídica é a de que tal fato estaria indicado na lei como delito, que seria comprovável por meio da interpretação dos enunciados normativos que tratam tal fato como delito, portanto resolúvel via dedução nos termos das palavras da lei. Ambos os juízos podem ser verdadeiros ou falsos, são predicáveis de acordo com a verificação ou refutação.

Nesse diapasão, Luigi Ferrajoli faz uma equivalência para a condição do uso do termo verdadeiro às verdades proposicionais acima. Assim, segundo Alfred Tarski, “*uma proposição P é verdadeira se, e somente se, p*, onde *P* está para o nome metalinguístico da proposição e *p* para a própria proposição: por exemplo, a oração *a neve é branca é verdadeira se, e somente se, a neve é branca*”⁵⁰.

Aplicando-se a equivalência às proposições fáticas e jurídicas, tem-se “a) a proposição Tício cometeu culpavelmente tal fato é verdadeira se, e somente se, Tício cometeu culpavelmente tal fato; e b) a proposição tal fato está definido na lei como delito se, e somente se, tal fato está definido na lei como delito”⁵¹.

A soma dessas duas equivalências culminaria na verdade processual (ou formal), uma vez que esclarecem semanticamente os fatos ocorridos na realidade e as normas a que eles se referem.

Sendo assim, nos termos de Luigi Ferrajoli, “uma proposição jurisdicional será (processual ou formalmente) verdadeira se, e somente se, é verdadeira tanto fática quanto juridicamente, no sentido assim definido”⁵². Concebe-se a verdade processual como uma

⁴⁸ TARSKI, Alfred. *A concepção semântica da verdade* cit., p. 233.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* cit., p. 50.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* cit., p. 51.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* cit., p. 51.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* cit., p. 51.

“verdade aproximada”⁵³, ou seja, um ideal ou um princípio regulador (ou modelo limite) na jurisdição⁵⁴.

Por fim, o jurista deixa claro que para o estabelecimento dessa verdade não somente se vale da teoria semântica da verdade, como também da teoria da coerência, que consiste em “considerar falsa uma proposição se estiver em contradição com outra reputada verdadeira ou se é derivável desta outra reputada falsa, e considerá-la verdadeira se é derivada de outra reputada verdadeira ou se estiver em contradição com outra considerada falsa”⁵⁵.

Aduzimos, pois, que não há a possibilidade de se formular um critério plenamente seguro de verdade sobre as teses judiciais, uma vez que se trata de nada mais que um ideal inalcançável.

Percebemos também que uma teoria científica é uma verdade não definitiva até que outra prove o contrário, e o conhecimento de verdadeiro que se tem somente é a somatória de conhecimentos confirmados que se possui.

Michele Taruffo é outro autor que busca a verdade no processo, porém cunhada como “relativa” e racionalizada a fim de se alcançar a justiça na decisão. Não descarta o uso da verdade como correspondência de Arisóteles aliada aos ensinamentos de Alfred Tarski, pois representaria uma versão moderna e metodologicamente correta.

Assim, é a favor de uma demonstração efetiva da realidade dos fatos, que seria fator determinante para o ganho ou perda de uma causa. Em um contexto processual, seria possível a correspondência entre a determinação judicial dos fatos e dos eventos do mundo real referidos na decisão⁵⁶.

Michele Taruffo não descarta a possibilidade da verdade como coerência de uma afirmação dentro de um contexto narrativo para haver maior fundamentação, porém não poderia uma decisão ser respaldada apenas em coerência. Isso traria grande insegurança, pois bastaria uma declaração testemunhal coerente, mas falsa; ou uma reconstrução judicial de fatos bem motivada no tocante ao aspecto argumentativo, porém não fundamentada por provas, para demonstrar que no contexto do processo não se pode aceitar a equivalência coerência igual a verdade⁵⁷.

⁵³ Nessa mesma linha adotou Cleunice Pitombo (PITOMBO, Cleunice. *Processo penal: prova e verdade*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003).

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* cit., p. 53.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* cit., p. 67.

⁵⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba* cit., p. 171.

⁵⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba* cit., pp. 173-174.

Michele Taruffo adota a noção de verdade como correspondência porque seria a mais adequada para o processo, desde que houvesse limites à sua busca, uma vez que não seria possível o conhecimento de uma verdade absoluta dos fatos, apenas um estado possível de certeza total e fora de dúvida⁵⁸.

Por tal razão, no processo, pelo fato de não ser uma questão científica, ou filosófica, não se necessitaria de uma verdade absoluta, permitindo-se conviver com verdades relativas suficientes para oferecer uma base razoavelmente fundada para uma decisão⁵⁹.

Segundo Michele Taruffo, a “verdade relativa” está ligada aos graus de conhecimentos ao longo de uma escala, ou uma dimensão, para que sejam ordenados, distinguidos e comparados. É uma escala, cujos extremos são o desconhecimento e o conhecimento da verdade absoluta de algo⁶⁰.

Nestes termos, a verdade como correspondência absoluta de uma descrição com o estado de coisas do mundo real não é alcançável com procedimentos cognoscitivos concretos, já que é somente um valor limite teórico da verdade da descrição. Podem existir, contudo, diferentes graus de aproximação do estado teórico da correspondência absoluta, partindo de um grau “0” – zero – (nenhuma correspondência, o que equivale dizer que não existem elementos que façam crer a asserção, ou que esta não é significativa, segundo o contexto) e aumentando a aproximação a medida que aumentam os elementos de conhecimento a favor da hipótese de que a descrição se corresponde com a realidade⁶¹.

Conclui Michele Taruffo que a assunção da verdade absoluta equivalente à correspondência total da determinação dos fatos com a realidade permite que no âmbito do processo se possa falar sensatamente de “verdade relativa” dos fatos como aproximação da realidade. Assim, evita-se cair nos frequentes círculos viciosos a ponto de se chamar de “verdadeiro” qualquer resultado que se obtenha do modelo processual que se considera preferível⁶². Em outro extremo, o não-verdadeiro, automaticamente é o resultado do sistema processual que, por outras razões, foi rechaçado.

Sendo assim, nas situações expostas, Luigi Ferrajoli denomina a verdade encontrada no processo penal como “verdade aproximada” e Michele Taruffo como “verdade relativa”, mas em qualquer caso a verdade é a mesma. Dessa forma, em sendo a verdade

⁵⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba* cit., p. 176.

⁵⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba* cit., p. 177.

⁶⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba* cit., pp. 179-180.

⁶¹ TARUFFO, Michele. *La prueba* cit., p. 180.

⁶² TARUFFO, Michele. *La prueba* cit., p. 181.

absoluta inalcançável, independemos da “cunhagem” feita dela, mas sim das amarras que limitam a sua investigação a todo custo⁶³.

Francisco Muñoz Conde afirma que, no processo penal, a busca da verdade está limitada pelo devido respeito às garantias que têm incluso o caráter de direitos humanos reconhecidos como tais em todos os textos constitucionais e leis processuais⁶⁴.

A dignidade da pessoa humana e o direito à intimidade, por exemplo, impedem a utilização de técnicas de averiguação da verdade como a tortura, o emprego do “soro da verdade”, o detector de mentiras ou interceptações telefônicas sem autorização judicial. É

⁶³ Essa necessidade de amarras vêm de experiências históricas acerca da possibilidade de se criar “verdades”. Uma maneira de se criar a verdade pode ser analisada de acordo com os ensinamentos de Michel Foucault, cujo entendimento é de que o poder cria a verdade e não a verdade que cria o poder, ou seja, “só pode haver certos tipos de sujeito de conhecimento, certas ordens de verdade, certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que se formam o sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade” (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003, p. 27).

As formas de produção de verdade podem ser controladas por meio de sistemas racionais de prova e demonstração, sejam filosóficos, sejam científicos, aliados pelo desenvolvimento da arte da persuasão e convencimento das pessoas a fim de se obter a vitória de determinada verdade.

A História indica tais asseverações como, por exemplo, no direito feudal, cujo litígio entre dois indivíduos era regulamentado pelo sistema de prova. Nesse sentido, “quando um indivíduo se apresentava como portador de uma reivindicação, de uma contestação, acusando um outro de ter matado ou roubado, o litígio entre os dois era resolvido por uma série de prova aceitas por ambos e a que os dois eram submetidos” (FOUCAULT, Michel. *A verdade* cit., p. 54). Tal sistema era uma forma de provar não a verdade, mas a força e o peso de quem dizia com a utilização de regras probatórias somadas às argumentações, portanto, é uma estrutura binária em que o indivíduo ou aceita o elemento probatório, ou o rejeita. Nessa produção probatória ou se vence, ou se fracassa.

Séculos mais tarde, com a necessidade de um controle à distância dos litígios, criou-se um procedimento administrativo com grande poder político, no qual o personagem condutor dos atos tinha o poder de se determinar a verdade com base nos questionamentos por ele feito. Era, portanto, o estabelecimento de uma verdade ligada à gestão administrativa tão conhecida no Ocidente, cuja aplicação foi corriqueira pela Igreja nas Inquisições. Assim sendo, Michel Foucault elenca o inquérito como uma forma de saber situada na união de um tipo de poder e de certo número de conteúdos de conhecimentos, isto é, “o inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir” (FOUCAULT, Michel. *A verdade* cit., p. 78). Nessa linha, para Michel Foucault, a verdade é construída de acordo com o poder e com as necessidades políticas, é uma forma de saber-poder.

Em um âmbito judicial, Luigi Ferrajoli, aprofunda essa ideia no âmbito do juízo penal. O saber-poder estaria ligado à combinação entre conhecimento (*veritas*) e decisão (*auctoritas*), cujo resultado é um inversamente proporcional ao outro, isto é, quanto maior o poder, menor o saber e vice-versa. De tal sorte que um modelo ideal de jurisdição, “tal como foi concebido por Montesquieu, o poder é nulo; na prática, costuma ocorrer que nulo é o saber” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* cit., p. 49).

Para se entender o pêndulo saber-poder, Ferrajoli separa a epistemologia judicial em dois extremos: de um lado, o cognitivismo processual formado pela estrita jurisdicionalidade, cuja legalidade estaria presente; a comprovação das verificações fáticas; a prova; a presença da razão; e a verdade. De outro, o decisionismo, que é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade; a valoração subjetiva ou do réu, ou da falta de precisão nas referências fáticas; a inquisição; a presença da vontade; e a potestade, ou seja, uso do poder, a arbitrariedade.

Por conseguinte, Luigi Ferrajoli entende que esse seria um modelo limite nunca plenamente alcançável, apenas aproximável. Necessita-se, pois, de critérios objetivos seguros o suficiente para afirmar que determinada tese judicial seria verdadeira, unidos às garantias, caso contrário, chegar-se-ia na discricionariedade e na valoração comumente visto na prática penal.

⁶⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 3ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 115.

dizer que no Estado Democrático de Direito não se deve buscar a verdade a todo e qualquer preço.

Por isso, afirma Francisco Muñoz Conde que o objeto do processo penal é a obtenção da verdade somente e na medida em que se permite o emprego dos meios legalmente reconhecidos. Chega-se, assim, em uma “verdade forense” que nem sempre coincide com a verdade propriamente dita, ou seja, este é o preço a se pagar por um processo penal que respeita as garantias e os direitos humanos característicos do Estado social e democrático de Direito⁶⁵.

Esse entendimento tem respaldo quando se observa a desvinculação de órgãos investigatórios às regras legais que restringem a procura de uma verdade *tout court*, esses provavelmente cometerão atos que vulneram o Direito. Isso demonstra a necessidade de não somente regimes jurídicos legalmente previstos para atuação investigatória, como também sanções para aqueles que ultrapassarem tais limites.

Pode-se, inclusive, perceber a importância da delimitação de determinada norma jurídica como regra ou princípio, ou seja, entender a estrutura normativa de determinado direito fundamental gera consequências diversas na aplicabilidade quando determinada norma for um princípio ou uma regra. No Capítulo 3, adentra-se nessa discussão.

O sistema acusatório, iluminado pelo princípio acusatório, é uma forma de limitar à busca ingerente da verdade, pois as partes em constante atuação formam uma espécie de controle do juiz e o magistrado fica adstrito aos limites legais e obrigado a expor suas convicções por meio da motivação das decisões judiciais.

O princípio acusatório, de acordo com Geraldo Prado, pode ser entendido sob dois pontos de vista, o estático como processo de partes com direito de ação, direito de defesa e o poder jurisdicional; e o ponto de vista dinâmico, relacionado às funções de cada parte e como se entrelaçam (juiz, réu, defensor, autor).

Assim, é fundado na oposição entre acusação e defesa com seus respectivos direitos, deveres, ônus, faculdades, exigindo-se, portanto, um processo de partes. Nesse sentido, há a busca da acusação e da defesa conformar o juízo, que deve ser feito por um juiz constitucionalmente imparcial, é a decisão jurisdicional. Conforme defende Prado, “a real acusatoriedade depende da imparcialidade do julgador”⁶⁶.

⁶⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda* cit., p. 115.

⁶⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório* cit., 1999, p. 116.

Pelo princípio acusatório ocorre uma nítida separação das atividades de julgar e acusar, portanto, no âmbito da gestão de provas, ou seja, o magistrado não tem iniciativa probatória, mantendo sua imparcialidade.

De acordo com Aury Lopes Jr., “a estrutura do modelo acusatório está baseada no modelo *actus trium personarum*. A separação das atividades processuais, a exigir uma atuação equidistante das partes, veda que se possa delegar, a uma dessas partes, a comissão de funções, o que em última instância, comprometeria a capacidade de autocrítica dos sujeitos processuais”⁶⁷. É uma forma de se trazer equilíbrio entre as partes no processo.

Portanto, o magistrado se encontra diante das alegações sobre os fatos feitas pelas partes que formarão imagens acerca de cada interpretação. No processo, conforme afirma Karl Heinz Gössel, elabora-se uma determinada imagem judicial da verdade e junto a ela, reconhece-se a existência de um acontecimento real, que pode se desviar da imagem do juiz, felizmente suscetível de verificação por meio de recurso. E a verdade sobre um determinado fato acaba sendo apreendida, mas não construída⁶⁸.

Ainda, afirma Karl Heinz Gössel que quem somente reconhece a existência de uma exatidão processual e negue a existência de uma verdade independente do sujeito, perde a consciência sobre a verdade e a falsidade e, com ela, também a diferença que existe entre ambas⁶⁹.

Cumpram também ressaltar que, no processo, inegavelmente há o subjetivismo na aferição da verdade pelo juiz, que passa pelos seguintes estados: da ignorância, da dúvida e da certeza.

A ignorância é o total desconhecimento, isto é, o estágio “zero” do estado da verdade. O juiz não tem contato com as alegações dos fatos, portanto, nada tem para formar sua convicção, ou seja, tem o completo desconhecimento da realidade.

A dúvida, por sua vez, é um estado de espírito no qual o juiz possui posições equânimes, ou seja, tanto elementos que afirmam determinado fato, quanto elementos que negam o mesmo fato, ambos com a mesma intensidade de força probatória. Há uma indecisão pendular que praticamente não oscila, é um estado intermediário de probabilidades.

⁶⁷ LOPES Jr., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 5ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, pp. 61-62.

⁶⁸ GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el estado de derecho: obras completas*. Coord. Edgar Alberto Donna. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 117.

⁶⁹ GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho* cit., pp. 117-118.

A probabilidade de acordo com José Cafferata Nores, ocorre quando há coexistência de elementos positivos e negativos, porém os elementos positivos sejam superiores em força conviccional a dos negativos, ou seja, os positivos são preponderantes do ponto de vista qualitativo para proporcionar o conhecimento. Em sentido oposto, quando os elementos negativos são superiores aos positivos, diz-se haver a improbabilidade ou probabilidade negativa⁷⁰.

Se permanecer a dúvida, José Cafferata Nores reitera que, nesse aspecto, a impotência conviccional probatória para justificar a íntima convicção do julgador acerca da culpabilidade do imputado é equiparável à dúvida em seus efeitos benéficos a este⁷¹. Na dúvida, portanto, deve o juiz absolver o acusado em prol do *in dubio pro reo*.

No caso da certeza, por fim, o juiz está em um estado de espírito no qual tem a crença de ter superado qualquer dúvida ou probabilidade acerca de determinado fato, isto é, ele teria a firme convicção de estar em posse da sua verdade com base nas alegações dos fatos a ele demonstradas e por ele inferidas.

Segundo José Cafferata Nores, a certeza pode ter uma dupla proteção: positiva (firme crença de que algo existe) ou negativa (firme crença de que algo não existe), tais posicionamentos (certeza positiva e certeza negativa) são absolutos. Nesse sentido, o intelecto humano para chegar a esses extremos, deve percorrer um caminho, superando obstáculos com o objetivo de se alcançar a certeza. Esse via produz estados intelectuais intermediários que podem ser denominados dúvida, probabilidade e improbabilidade⁷².

Uma maior exposição racional julgador, ou seja, a expressão de seus estados de certeza, de dúvida e de probabilidade, permite um controle proporcionalmente ampliado às partes na atuação e na defesa de suas teses, a motivação das decisões judiciais e a publicidade são princípios que merecem destaque.

Nessa linha, o magistrado se vale dos elementos probatórios a ele apresentados pelas partes ou por ele requisitados nos momentos legais cabíveis para a formação de sua convicção.

Sendo assim, a verdade como correspondência atrelada à semântica, a fim de se evitar qualquer arbitrariedade, deve ser controlada e, para isso, limites devem ser impostos à sua busca no processo penal.

⁷⁰ CAFFERATA NORES, José I.. *La prueba* cit., p. 9.

⁷¹ CAFFERATA NORES, José I.. *La prueba* cit., p. 8.

⁷² CAFFERATA NORES, José I.. *La prueba* cit., p. 8.

Tais limites são as garantias processuais e materiais, os direitos fundamentais, a motivação das decisões, o duplo grau de jurisdição, o próprio sistema acusatório, que impõem domínio sobre os atos do juiz contra eventual falibilidade na apreensão da verdade, já que não é construída. Tem-se a reunião de elementos probatórios demonstrados ao magistrado que, a partir desse ponto ou da ignorância, definirá se haverá a dúvida ou a certeza acerca de determinado fato.

3. Ilícitude da prova

3.1. Ilícitude da prova como limite do direito à prova

O direito à prova das partes é decorrência de diversos pilares constitucionais e processuais como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, a obrigatoriedade do Ministério Público propor ação penal, entre outros.

Nas palavras de Paolo Tonini, o direito à prova “é uma expressão sintética que 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”⁷³.

São elementos⁷⁴ que integram o direito à 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.

Assim, o direito à prova não é um princípio absoluto, mas restringível, por exemplo, quando relativizado a fim de limitar a busca de punição do imputado a qualquer custo e, ao mesmo tempo, ampliado a fim de oferecê-lhe meios de se defender contra eventuais arbitrariedades. Ou quando, por razões práticas, limita o número de testemunhas a serem arroladas em juízo ou quando, por razões legais, existe a necessidade de comprovação civil de determinado fato, conforme adiante serão demonstrados.

Dessa forma, em sendo tais direitos manifestações dos direitos do homem e pela natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, que não podem ser

⁷³ TONINI, Paolo. *A prova no cit.*, p. 83.

⁷⁴ Seguimos os elementos que integram o direito à prova propostos por Jordi Ferrer Beltrán (FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 54 e ss).

exercidas de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias, não se mostram absolutos.

Ao mesmo tempo, é uma forma de demonstrar e exigir que “o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes”⁷⁵.

Antônio Magalhães Gomes Filho afirma que “esses limites probatórios podem ter fundamentos extraprocessuais (políticos), como ocorre em relação à proibição de introdução de provas obtidas com violação de direitos fundamentais, ou processuais (lógicos, epistemológicos), quando se excluem, por exemplo, as provas impertinentes, irrelevantes, ou que possam conduzir o julgador a uma avaliação errônea”⁷⁶.

Uma forma de limitação do direito à prova pode ser apreendida no sentido ontológico, ou seja, para aqueles que entendem buscar uma verdade não absoluta, deve-se seguir preceitos constitucionais e legais para uma verdade processualmente válida e não obtida a todo preço⁷⁷.

Nessa linha, encontramos o posicionamento de Karl Heinz Gössel. Ele afirma que as provas ilícitas se caracterizam como limite à averiguação da verdade em um processo penal⁷⁸.

Outra forma clara dessa limitação do direito à prova é adoção da regra de exclusão (*exclusionary rule*) determinada por razões extraprocessuais visando à proteção dos direitos fundamentais tão essenciais ao convívio pacífico social como a liberdade, a integridade física, a privacidade, entre outros.

Corrente no sistema anglo-americano, conforme Antônio Magalhães Gomes Filho, “essa espécie de exclusão de provas (*exclusionary rule of extrinsic policy*) é constituída, em primeiro lugar, pelos denominados *privileges*, previstos na *common law* ou em leis escritas, cuja função primordial é a de assegurar ao cidadão a efetividade de certos direitos considerados essenciais”⁷⁹.

São exemplos de *privileges* “o que protege o acusado da autoincriminação (*privilege against self-incrimination*), o referentes ao sigilo profissional (*physician-patient privilege*,

⁷⁵GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antônio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 11ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 121.

⁷⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova* cit., p. 93.

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. SCARANCA FERNANDES, Antônio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades* cit., p. 123-124.

⁷⁸ GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal – obras completas*. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 170.

⁷⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova* cit., p. 99.

client-attorney privilege, journalist's source privilege), o relacionado às relações conjugais (*marital privilege*), etc”⁸⁰.

Preserva-se, dessa maneira, o âmbito individual contra intromissões estatais que seriam, na verdade, violações. Isso não justificaria o interesse da eficiência processual, abalaria a organização social e a estrutura jurídica.

A exclusão por motivos processuais também é uma forma de limitar o direito à prova e comum ao sistema processual penal. Guilherme Madeira Dezem cita exemplos que corroboram esse lado: “hipóteses de limitação na oitiva de determinadas testemunhas (crianças, etc), as limitações constantes do art. 155 do CPP (limitação processual penal da prova quanto ao estado civil das pessoas) e o disposto no artigo 62 do CPP (exigência da certidão de óbito para declaração de extinção da punibilidade)”⁸¹.

Cumprе salientar que a partir do momento em que a Constituição Federal impôs os ditames do artigo 5º, inciso LVI, foram excluídas diversas teorias que ou aceitavam ou refutavam o tema das provas ilícitas. Representavam, pois, a necessária regulamentação nesse âmbito.

Antônio Scarance Fernandades elencou quatro correntes fundamentais já superadas: “1ª) 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); 2ª) 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 Aguiar); 3ª) é inadmissível a prova obtida mediante violação de norma de conteúdo constitucional porque será inconstitucional (Cappelletti, Vigoriti, Comoglio); 4ª) admite-se a produção de prova obtida em 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 Aranha, Moniz Aragão)”⁸².

Ada Pellegrini, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes defendem a importância da imposição dos limites à atividade instrutória e afirmam que “a dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações

⁸⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova* cit., pp. 99-100.

⁸¹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008, p. 120.

⁸² SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo* cit., p. 82.

dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas”⁸³.

A legislação e a doutrina italiana impuseram como forma de limitação à prova o instituto da “inutilizabilidade”⁸⁴, não conhecido no Brasil, que representa de um lado um vício contido em um ato ou documento ou, de outro, um regime jurídico ao qual o ato viciado é submetido, portanto, a impossibilidade de ser utilizado como fundamento de uma decisão do juiz.

Na definição de Paolo Tonini, “a inutilizabilidade é um tipo de invalidade que tem a característica de atingir não o ato em si mas o seu valor probatório. O ato pode ser válido do ponto de vista formal (por exemplo, não é eivado de nulidade), mas é atingido em seu aspecto substancial, pois a inutilizabilidade o impede de produzir o seu efeito principal, qual seja de fundamento para a decisão do juiz”⁸⁵.

Dessa forma, a inutilizabilidade se apresenta como um limite ao livre convencimento do juiz e as proibições probatórias constituem, segundo Paolo Tonini, “uma espécie de prova legal negativa, pois o legislador exclui alguns elementos de prova do material utilizável pelo juiz para decidir e fundamentar seu entendimento”⁸⁶.

Merece também destaque o princípio da taxatividade para os casos de inutilizabilidade, uma vez que atingido o elemento de prova por esse instituto, é declarada a invalidade do que fora produzido ou adquirido com violação à norma específica.

Na Argentina, Vives Antón segue esse entendimento e defende que somente o alcance de uma verdade com a respeito às regras básicas constituídas pelos direitos fundamentais para estimá-la como juridicamente válida. Qualquer desrespeito a isso, na obtenção de elementos de prova, deve ser qualificado como inutilizável⁸⁷.

Assim sendo, os limites do direito à prova visam ao equilíbrio processual entre as partes e a ilicitude da prova trazida à baila pela Constituição Federal de 1988 permitiu que

⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. SCARANCA FERNANDES, Antônio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades* cit., p. 121.

⁸⁴ Paolo Tonini subdivide a inutilizabilidade do ato em absoluta quando o juiz não pode se basear nesse ato para proferir a decisão; e relativa quando a lei indica as pessoas em relação às quais não pode ser utilizado determinado ato, ou o tipo de decisões que não podem ser fundamentadas com base em determinado ato. Contudo, não se confunde com a causa de invalidade da nulidade, pois o ato nulo se configura quando são violadas normas que, em regra, concernem a determinadas regras de produção que são previstas sob pena de nulidade. Essa ato nulo se forma durante o exercício de um poder legítimo (TONINI, Paolo. *A prova no* cit., pp. 76-78).

⁸⁵ TONINI, Paolo. *A prova* cit., p. 76.

⁸⁶ TONINI, Paolo. *A prova* cit., p. 79.

⁸⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto* cit., p. 54.

se assegurasse a busca de uma verdade no processo legalmente permitida, caso contrário, seria inadmissível valer-se dela.

3.2. Ilicitude da prova – divisão clássica

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 Nuvolone na Itália.

Trata-se de uma noção acerca da prova vedada que, segundo Nuvolone citado por Ada Pellegrini Grinover, ocorre sempre quando for contrária, em sentido amplo ou relativo, a uma específica norma legal, ou a um princípio de direito positivo.

Diferenciam-se pelo seguinte: “a prova é vedada em sentido absoluto, quando o direito proíbe em qualquer caso a sua produção; assim, proíbe-se a admissão, em juízo, de cartas particulares interceptadas ou obtidas por meios criminosos. A prova é vedada em sentido relativo, quando o ordenamento jurídico, embora admitindo o meio de prova, condiciona sua legitimidade à observância de determinadas formas; é o caso, por exemplo, do interrogatório do réu”⁸⁸.

Tem-se, portanto, uma vedação estabelecida por lei processual ou por uma lei material (constitucional, ou penal), ou seja, parte-se do pressuposto que a prova vedada é um gênero bifurcando em duas espécies, de acordo com o momento de ocorrência da ilegalidade. Logo, recebem terminologias diversas.

Dessa forma, segundo Nuvolone, a ênfase é dada “pela natureza processual ou substancial da vedação: a proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem, pelo contrário, natureza substancial, quando, embora servindo mediatamente dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo”⁸⁹.

A importância desse discernimento é relevante, pois, caso haja a violação da proibição, tem-se inegavelmente uma ilegalidade, que se violação no âmbito substancial, ocorre um ato ilícito; já se violação no âmbito processual, ocorre um ato ilegítimo. Por

⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal - as interceptações telefônicas*. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 96.

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas* cit., p. 97.

consequente, para o ato ilícito, gera-se uma sanção da inadmissibilidade e, para o ato ilegítimo, uma sanção de nulidade.

Segue essa linha Thiago Pierobom Ávila que afirma: “O direito cuja violação ensejará a ilicitude da prova há de ser um direito fundamental. A garantia fundamental da inadmissibilidade das provas ilícitas está estrategicamente localizada sob o título dos direitos e garantias fundamentais. Sua finalidade é criar um sistema de atividade processual que respeite minimamente os direitos elencados na Constituição tidos como essenciais para a convivência em sociedade”⁹⁰.

Cabe mencionar que, em sentido diverso, Paulo Rangel subdividiu essa noção de ilegalidade da prova (gênero) em três espécies: ilícita (ofensa a direito material); ilegítima (ofensa a direito processual); e irregular (descumprimento de formalidade legais exigidas)⁹¹.

Contudo, hodiernamente, há que se repensar o modelo clássico das provas ilegais, isto é, as recentes reformas no Código de Processo Penal rumaram para a conceituação mais ampla dessas vedações gerando interpretações relevantes para a aplicação do dispositivo legal.

3.3. Ilicitude da prova – divisão moderna (teorias)

O doutrinador italiano Nuvolone, quando vislumbrou a classificação em gênero e espécies de provas vedadas, inaugurada por Ada Pellegrini Grinover no Brasil, trouxe facilitação à compreensão do ordenamento jurídico brasileiro nesse âmbito.

⁹⁰ ÁVILA, Thiago Pierobom. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 95-96. Também nessa linha: Antônio Scarance Fernandes (SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo* cit., pp. 81-82); Aury Lopes Jr. (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. Vol I. 5ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 583-584); Norberto Avena (AVENA, Norberto. *Processo penal – esquematizado*. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 464-465); Fernando da Costa Tourinho Filho (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 519-521); Julio Fabbrini Mirabete (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18ªed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 253).

⁹¹ Paulo Rangel entende que “a *prova ilícita* é violadora do direito material. Seja porque a norma proíbe aquele tipo de prova (tortura, por exemplo), seja porque permite, mas desde que se cumpra com o que a norma exige (mandado de busca e apreensão para ingressar no domicílio). A *prova ilegítima* é aquela que é proibida pelo direito processual (depoimento do padre contra sua vontade). A *prova irregular* é aquela que é colhida com desrespeito às formalidades legais existentes, não obstante ser permitida por lei (expedição de mandado sem o fim da diligência; depoimento de testemunha-parente sem a advertência de que não está compromissada a dizer a verdade)” (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 19ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 448-449).

Todavia, a constante evolução do Direito, bem como as recentes reformas legislativas no Código de Processo Penal brasileiro, exigiram nova classificação e fundamentação a serem adotadas com base na teoria ampla da ilicitude da prova.

3.3.1. Teorias ampla e restrita da ilicitude da prova

Na doutrina, o conceito de prova ilícita varia de acordo com a teoria adotada⁹². Percebemos que a teoria ampla oferece não somente maior âmbito jurídico de proteção como também maior garantia à limitação da busca da verdade no processo penal. Em contrapartida, a teoria restrita se mostra inversamente proporcional, haja vista restringir a proteção tão somente aos casos de violação a direitos fundamentais, senão vejamos.

A teoria restrita da ilicitude da prova, segundo Manuel Miranda Estrampes, define a “prova ilícita” como a obtida ou a produzida com violação tão somente aos direitos fundamentais constitucionais⁹³. 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, segundo Manuel Miranda Estrampes, define a “prova ilícita” como aquela contrária a uma norma de Direito, isto é, obtida ou produzida com violação às normas do ordenamento jurídico⁹⁴.

A origem dessa ilicitude da prova se encontra precisamente no momento de sua obtenção quando ocorre a violação à norma jurídica. A natureza de tais normas pouco importa qualificando-se a prova como ilícita se houver infringência às normas constitucionais ou às normas legais ou aos princípios gerais.

Por trás dessa concepção ampla existe a preservação da dignidade e da liberdade da pessoa humana⁹⁵. E, para que uma prova seja qualificada como ilícita, não é necessário que o ato violador à norma seja considerado uma infração penal, mas apenas que haja violação de qualquer categoria de norma jurídica até mesmo princípios gerais.

Sendo assim, filiamo-nos à corrente que define as provas ilícitas como aquelas obtidas mediante violação de direitos tutelados por qualquer qualidade de norma,

⁹² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: JMB, 1999, p. 17.

⁹³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto cit.*, pp. 22-23.

⁹⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto cit.*, pp. 17-18

⁹⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto cit.*, pp. 17-20

sobretudo se forem normas constitucionais protetivas dos direitos e garantias fundamentais.

Por fim, cabe mencionar que, de acordo com a reforma introduzida pela Lei 11.690 de 2008, houve claramente a adoção pelo legislador brasileiro da teoria ampla da ilicitude da prova, conforme os ditames do artigo 157, *caput*⁹⁶, que será abordado e aprofundado em momento oportuno.

3.3.2. Ilicitude da prova (momento e causa)

Não devemos confundir o momento de produção da ilicitude com a causa da ilicitude. Primeiramente, quanto ao momento⁹⁷ da produção da ilicitude, podemos dividir em ilicitude extraprocessual e ilicitude intraprocessual.

⁹⁶ “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em **violação a normas constitucionais ou legais**” (grifos nossos).

⁹⁷ A doutrina se divide quanto aos momentos probatórios no processo penal. Para Antônio Magalhães Gomes Filho, que define haver 5 momentos probatórios por defender a ideia do reconhecimento de um direito à investigação por fontes de prova, elenca os direitos à investigação; à propositura; à admissão; à produção; e à valoração (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova* cit., pp. 85-89). Nessa mesma linha Gustavo Badaró (BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. *Processo penal* cit., p. 278; BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. *Direito processual penal - Tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 204-205). Paolo Tonini divide os momentos probatórios em 4: investigação; admissão (este conectado à propositura); produção e valoração. (TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 60-64). José Cafferata Nores, por sua vez, elenca apenas 3 momentos probatórios (proposição, recepção e valoração), mas não descarta a investigação, que tem papel fundamental não para a atividade probatória, porém configura um procedimento próprio. Já a recepção é tratada conjuntamente com a produção da prova (CAFFERATA NORES, José I. *La prueba* cit., pp. 40-45).

O direito à investigação está conectado à busca de fontes de prova, ou seja, na obtenção dos elementos de prova a serem cruciais ao processo. Conforme Gustavo Badaró, “tal direito sempre foi reconhecido, ainda que sem preocupação de estudá-lo sistematicamente, ao Ministério Público e ao acusador privado, sendo exercido, principalmente, por meio do inquérito policial” (BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. *Direito* cit., p. 204).

O direito à propositura, para Antônio Magalhães Gomes Filho, faz parte do direito à prova como um poder de iniciativa em relação à introdução do material probatório no processo, que seria reconhecido pelas legislações como direito não só das partes, como também de outros interessados (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O direito* cit., p. 88).

O direito à admissão refere-se ao deferimento do requerimento de proposição dos meios de provas que sejam lícitos, pertinentes e relevantes. É, segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, “a efetiva permissão para o ingresso dos elementos pretendidos pelos interessados que caracteriza a observância do direito à prova; por isso, somente através de uma disciplina legal das hipóteses de rejeição das provas, acompanhada da exigência de decisões expressas e motivadas, e adotadas após o debate contraditório, pode estar satisfeita a garantia” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O direito* cit., p. 88).

O direito à produção é o momento no qual requerido e admitido o meio de prova, surge para a parte o direito de sua produção. Portanto, os meios de prova, em regra, devem ser produzidos em contraditório, na presença das partes e do juiz natural. “Não basta, pois o contraditório sobre a prova, sendo exigido o contraditório na produção da prova. Excepcionalmente, a prova documental não precisa ser produzida em contraditório, bastando que seja submetida a um contraditório diferido, após sua juntada aos autos” (BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. *Direito processual penal - Tomo I*. cit., p. 204).

A ilicitude extraprocessual é aquela produzida fora do marco do processo propriamente dito, ou seja, no momento de obtenção dos elementos de prova necessários à fundamentação. Ocorre no curso da investigação dos fatos, enquanto se busca o recolhimento das fontes de prova a serem eventualmente produzidas no processo.

O reconhecimento dessa ilicitude protege o imputado contra a utilização de certos métodos de obtenção de dados probatórios como o constrangimento mediante emprego de violência (física ou psíquica) para forçar o indivíduo a fornecer informações relevantes.

A ilicitude intraprocessual é aquela que afeta um ato processual, isto é, quando durante a produção da prova no processo ocorre a infringência à lei. É o momento da produção dos meios de prova mediante contraditório na instrução criminal.

Por exemplo, se houver a produção de prova documental durante a instrução em plenário do Júri que não tiver sido juntada aos autos com antecedência mínima de três dias úteis, conforme se exige no artigo 479, do Código de Processo Penal; ou se não se seguir o rito necessário para a realização do interrogatório do acusado por sistema de videoconferência do artigo 185 e seus parágrafos, do Código de Processo Penal.

Sendo assim, podemos concluir que a ilicitude pode ocorrer em dois momentos diversos: no momento de investigação e obtenção das fontes de prova para busca da verdade dos fatos e no momento de produção dos meios de prova no processo a fim embasar o convencimento judicial válido.

Quanto às causas de ilicitude, 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 provas⁹⁸.

As provas expressamente proibidas pela lei são aquelas emanadas da própria consagração constitucional dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais

Na valoração, haverá o estudo final acerca da idoneidade dos elementos de prova, é a apreciação isolada sobre a aptidão de cada elemento obtido para servir de fundamento ao convencimento judicial. É, dessa forma, o momento que representa o devido respeito aos momentos anteriores mencionados. Nesse momento, é o direito de não se ter a prova ignorada, mas, sim, valorada a ponto de influenciar no convencimento do magistrado, é o juízo de aceitabilidade dos resultados produzidos pelos meios de prova, que está concebido por uma atividade racional consistente na eleição da hipótese mais provável entre as diversas reconstruções possíveis dos fatos.

⁹⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Comentários al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo XVI. Vol. 2º. Coord. Manuel Albaladejo. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1991, p. 95.

implícitos em lei ordinária. Dessa forma, denotam caráter proibitivo e vedam toda produção ou valoração de prova que violem direitos fundamentais⁹⁹.

Há também o conceito mais restrito dessa proibição probatória que exige a disposição específica de uma norma legal expressa e de caráter proibitivo. A inadmissibilidade de determinada prova ilícita estaria expressamente em lei, portanto, uma proibição legal de caráter singular.

Por exemplo, as proibições que afetam a matéria objeto de investigação ou de prova, ou as proibições que afetam determinados métodos de investigação para a obtenção de fontes de prova ou proibições concretas que afetam determinados meios de prova.

No Brasil, é o que ocorre na proibição expressa de utilização de informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa se for resultado de constrangimento com emprego de violência ou grave ameaça causadora de sofrimento físico ou mental, nos termos do artigo 1º, alínea “a”, da Lei 9.455/97, pois configura crime de tortura.

Outro exemplo é o disposto no artigo 207, do Código de Processo Penal brasileiro, que proíbe expressamente o depoimento de pessoas que, em razão da função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo.

São chamadas de provas irregulares ou defeituosas aquelas em que, no momento da obtenção, houve infringência à lei ordinária ou não se tenha obedecido às formalidades legalmente estabelecidas para sua colheita e produção, ou seja, são as que não seguem as disposições ou aos procedimentos previstos em lei¹⁰⁰.

Nesse caso, podemos elencar tanto as situações em que fontes de prova são obtidas de modo ilegal, como também os meios de prova produzidos irregularmente sem se observar o procedimento legal estabelecido, ainda que não se tenha violado algum direito fundamental.

Por exemplo, no Brasil, seria uma prova irregular ou defeituosa a busca e apreensão ocorrida além do descrito nos artigos 240 a 250, do Código de Processo Penal. Teríamos não somente a infringência procedimental exigida, como também a violação de direitos constitucionais da intimidade, do domicílio, etc.

Por fim, a terceira causa de ilicitude da prova é a chamada prova obtida ou prova produzida com violação a direitos fundamentais, isto é, todos os casos em se tenha

⁹⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Comentários* cit., p. 95.

¹⁰⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto* cit., p. 47.

vulnerado, de alguma forma ou de outra, algum direito fundamental das pessoas consagrado no texto constitucional.

Segundo Manuel Miranda Estrampes, são aquelas obtidas ilicitamente e incorporadas no processo de forma lícita, ou aquelas cuja realização não está prevista em lei, ou aquelas em que a própria realização atenta contra os direitos das pessoas, podendo inclusive configurar um delito¹⁰¹.

Essa proibição é consequência do reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais das pessoas, independentemente da existência ou não de norma processual que preveja sua inadmissão no processo com, por exemplo, a narcoanálise.

Dessa forma, demonstramos as possíveis causas da ilicitude da prova justamente para que não tenhamos confusão com o próprio conceito de “prova ilícita” baseado na concepção ampla. Conceito este que define como “prova ilícita” a violação aos direitos fundamentais na obtenção dos elementos de prova ou na produção dos meios de prova.

E, quanto ao momento da ilicitude da prova, o conhecimento da diferença entre ilicitude intraprocessual e extraprocessual será importante para se compreender¹⁰² a sanção material diante da ilicitude trazida pela Lei 11.690/08.

3.4. Prova ilícita por derivação

A teoria da prova ilícita por derivação foi decorrente das situações concretas nas quais não se sabia o destino quanto à utilização dos elementos de prova obtidos de forma ilícita. Na doutrina norte-americana, berço desse conceito, foi nomeada “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*fruit of the poisonous tree doctrine*).

A Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º, inciso LVI, inaugurou a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícitos e não houve qualquer definição de provas ilícitas, tampouco a consequência jurídica dos elementos de prova das provas ilícitas derivados. O Código de Processo Penal, por sua vez, era ainda mais omissivo, pois somente anunciava no seu artigo 157 que o juiz formaria sua convicção pela livre apreciação da prova.

Assim, não se esclareceu qual o efeito jurídico para os elementos de prova derivados de provas ilícitas e a doutrina criou três correntes: a primeira abarcava toda e qualquer

¹⁰¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto* cit., p. 48.

¹⁰² Vide Capítulo 3.

ilicitude no direito, ou seja, o ilícito uma vez reconhecido contaminaria todo o direito e não somente algum parte dele. Essa noção foi a “ilicitude por derivação”, mais conhecida como a teoria dos “frutos da árvore envenenada”. Desse modo, 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”¹⁰³.

A segunda estava atrelada ao princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado, ou seja, o Estado de Direito tem o dever de combater as infrações penais, porém devem fazê-lo sob os auspícios dos princípios moralmente inatacáveis. Dessa forma, não são aceitáveis os atos ilegais praticados pelos agentes públicos em prol do combate à criminalidade.

Por fim, a terceira vertente, de acordo com Adalberto Aranha, “parte do princípio de que toda prova ilícita ofende a Constituição, por atingir valores fundamentais do indivíduo, é que, toda vez que uma prova é colhida ilicitamente, a violação atinge um direito fundamental, inserido no capítulo constitucional dos direitos e garantias individuais”¹⁰⁴.

Gustavo Badaró, em seu livro anterior à Reforma dada pela Lei 11.690/08, afirmava que “a posição mais razoável e que melhor garante os direitos individuais é aquela que reconhece a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que, igualmente, devem ser consideradas inadmissíveis no processo”.

Julio Fabbrini Mirabete explicava 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)”¹⁰⁵.

Nessa linha, Fernando da Costa Tourinho Filho corroborava seu posicionamento contrário à admissão de provas ilícitas por derivação exemplificando com o julgado do Supremo Tribunal Federal, o HC 69.912/RS, cujo Relator era o Ministro Sepúlveda Pertence, no qual houve interceptação telefônica ilegal e dela surgiram outros elementos probatórios. O argumento pela inadmissão de todo conjunto probatório era não estimular a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina e conversas privadas e ferir a garantia constitucional¹⁰⁶.

¹⁰³ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova cit.*, p. 64.

¹⁰⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova cit.*, p. 65.

¹⁰⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 257.

¹⁰⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 524.

Assim, a primeira corrente se mostrava adequada diante da vacuidade legislativa, pois a prova ilícita por derivação nada mais era que o efeito reflexo da prova ilícita originária. Portanto, os elementos de prova derivados dos primeiros seriam contaminados pela ilicitude que recaísse sobre os elementos de prova originários, logo tudo deveria ser inadmitido.

A interpretação que passou a vigorar após a Constituição Federal de 1988 e posteriormente às recentes Reformas do Código de Processo Penal em 2008, principalmente com a Lei 11.690/08, foi a de que toda ilicitude inicial à prova originária contaminaria aos elementos de prova dela decorrentes.

Nos termos de Paulo Rangel, “o preço de se viver em uma democracia não tolera esse tipo de prova colhida ao arrepio da lei. Do contrário, não vale a pena viver em um Estado Democrático de Direito”¹⁰⁷.

Dessa forma, o Ministério Público não poderia fundamentar sua *opinio delicti* em uma prova derivada de outra resultante de ilícito, por exemplo, entorpecentes decorrentes de uma busca apreensão, cuja ilicitude de tais elementos de prova fora averiguada por meio de uma interceptação telefônica eivada de ilegalidade, pois obtida sem ordem judicial. Se assim o Parquet o fizer, deverá o juiz determinar o desentranhamento de todos os elementos probatórios, inadmitindo-os como prova, uma vez que tudo estará contaminado.

Ademais, a absorção dessa teoria sob forma legal teve grande importância, caso contrário os efeitos sem ela poderiam ser nefastos. Explica Eugênio Pacelli de Oliveira que “se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se *legalizasse* a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da *ilicitude por derivação* é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente”¹⁰⁸.

Com outras palavras Gustavo Badaró define a prova ilícita por derivação como “uma prova que, em si mesma, é lícita, mas que somente foi obtida por intermédio de informações ou elementos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 19ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 457.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 363.

¹⁰⁹ BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. *Processo* cit., pp. 289-290.

A denominada prova ilícita por derivação é uma decorrência da inadmissibilidade de elementos de prova obtidos de forma ilegal, porém essa regra não é absoluta, uma vez que a doutrina e jurisprudência estadunidense criaram exceções a fim de aceitar, em determinados casos, tais elementos de prova derivados.

Portanto, para uma análise mais aprofundada, a exposição contida no Capítulo seguinte adentrará na noção da regra de exclusão, das provas ilícitas por derivação e das exceções às provas ilícitas por derivação a fim de traçar a origem e as corretas aplicações desse conceito não somente no país berço dessa doutrina, como também a adoção de seus conceitos no direito comparado.

Capítulo 2 – Exceções às provas ilícitas por derivação no direito comparado

1. Evolução das exceções às provas ilícitas por derivação nos Estados Unidos da América

1.1. Sistema processual estadunidense

Ao abordar temas específicos do sistema processual penal norte-americano como a regra de exclusão (*exclusionary rule*) ou a doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree doctrine*) há que se mencionar a peculiaridade desse sistema dada à própria formação histórica do direito estadunidense que optou pela *common law*, em detrimento da codificação atrelada ao romano-germânico (*civil law*).

Desse modo, o direito para o povo estadunidense é concebido sob a forma de um direito jurisprudencial, ou seja, conforme René David, “as regras formuladas pelo legislador, por mais numerosas que sejam, são consideradas com uma certa dificuldade pelo jurista que não vê nelas o tipo normal de regra de direito; estas regras só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais e quando se tornar possível, em lugar de se referirem a elas, referirem-se às decisões judiciais que se aplicaram”¹¹⁰.

Pode-se afirmar, conforme René David, que o direito estadunidense “é concebido essencialmente como um direito jurisprudencial, fundado antes de tudo sobre os precedentes sobre a razão. As leis e regulamentos são observados, segundo a tradição como complementos ou corretivos de um corpo de direito que lhes preexiste, o sistema da *common law*”¹¹¹.

É um direito, portanto, criado à luz da jurisprudência ao longo de decisões proferidas pelos juízes, por um corpo de direito não escrito, porém ligadas necessariamente à lei fundamental do país, a Constituição dos Estados Unidos da América, que representa uma

¹¹⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 367.

¹¹¹ DAVID, René. *Os grandes cit.*, p. 368.

expressão autorizada do contrato social da relação entre os cidadãos e da legitimação das autoridades instituídas.

Dessa forma, a Constituição dos Estados Unidos deve ser enxergada como uma lei do tipo românica, mas que não visa diretamente resolver litígios, na verdade, estabelece as regras gerais de organização e de conduta dos governantes e dos administradores.

Essa Lei Fundamental, promulgada em 1787, não somente representa a carta política dos Estados Unidos da América como também representa o próprio ato de fundação do país. Ainda, serve de paradigma a ser seguido pelo Estado, que divide atribuições entre autoridades federais (sistema judiciário federal) e dos Estados federados (sistema judiciário estadual) no âmbito de sua organização judiciária.

Nesse escopo, cabe delinear de forma sintética que o sistema judiciário federal estadunidense é composto pela Suprema Corte e pelos tribunais inferiores federais sendo que a competência dos tribunais federais está fracionada em três categorias, conforme Lawrence Baum: na primeira, estão os casos criminais e cíveis, que estão sob as leis federais, inclusive a Constituição; na segunda, estão todos os casos nos quais o Governo dos Estados Unidos é parte; na terceira, estão os casos cíveis nos quais envolvam cidadãos de estados diferentes com um valor da causa mínimo¹¹².

Assim, a configuração da estrutura judiciária federal está dividida em: Primeira Instância composta por Tribunal de Comércio Internacional, Tribunal de Reclamações, Tribunais Distritais, Tribunal Tributário e Tribunais Militares de Primeira Instância. Instância Intermediária de Apelação composta por Corte de Apelação para o Circuito Federal, Cortes de Apelação e Corte de Apelação Militar. Por fim, Última Instância do Judiciário composta pela Suprema Corte.

A Suprema Corte, última instância e objeto das decisões do presente estudo, tem uma dupla gama de competências, quais sejam, a originária e a apelarória¹¹³. Como competência originária, cabe julgar os casos em que houver disputa entre estados; e, facultativamente, determinados casos levados por um estado da federação, ou as disputas entre um estado e o Governo Federal, ou os casos que envolvem pessoal diplomático estrangeiro.

¹¹² BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana – Uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Trad. Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 21.

¹¹³ BAUM, Lawrence. *A Suprema* cit., pp. 25-27.

Já na competência apelatória, a Suprema Corte compete julgar os casos nos quais um tribunal federal declarou inconstitucional lei do Congresso e o Governo Federal é parte; os casos nos quais um tribunal estadual manteve uma lei estadual contra uma reclamação de que ela conflitava com a Constituição ou com uma lei federal; os casos nos quais um tribunal federal revogou uma lei estadual sob fundamento de que ela conflitava com a Constituição ou com uma lei federal; decisões de tribunais distritais federais especiais de três juízes; e, facultativamente, todas as decisões de cortes de apelação federais, exceto das categoriais obrigatórias; e todas as decisões do tribunal estadual de instância mais alta com competência sobre um caso e que envolvam questões de leis federais, exceto as da categoria obrigatória.

No âmbito do sistema judiciário estadual, cuja competência é residual, varia dependendo da configuração judiciária de cada estado-membro. Em uma configuração genérica, encontram-se os Tribunais de Primeira Instância, os Tribunais de Segunda Instância ou Cortes de Apelação Intermediária e a Corte Suprema estadual.

Dessa forma, cabe às Justiças Estaduais (*State Courts*) o julgamento de matéria cível como danos, propriedades, contratos, divórcios, pensões, custódia de crianças e direito administrativo estadual. E na esfera criminal, são competentes para o julgado de casos de homicídios, estupros, furtos, roubos e estelionatos, além de serem responsáveis pela manutenção da ordem.

São, nesse sentido, genericamente possíveis três níveis de jurisdições estaduais. No primeiro nível funcionam as *Trial Courts*, nas quais os juízes conduzem os casos pessoalmente ou com o grupo dos jurados a depender da matéria. Todavia, em alguns estados, pode existir subdivisão de competências, atendendo alguns juízes às causas cíveis e criminais de maior complexidade (*general jurisdiction*) e outros a questões mais simples, como guarda de menores, infrações de trânsito, divórcios, causas de pequena alçada (*small claims*).

Alguns estados americanos possuem cortes de segunda instância de nível intermediário, que podem ser chamadas de *Court of Appeals*, *Appeals Court* ou *Appellate Division of Superior Court*. Por fim, os estados possuem, no nível mais elevado de sua organização judiciária, as Supremas Cortes, chamadas de *Supreme Court* ou *Court of Appeals*.

Pois bem, no presente estudo, dar-se-á ênfase às decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, guardiã da sua Constituição Federal e que possui papel

fundamental na unificação do entendimento jurisprudencial de todo o país e definidora dos pilares para as doutrinas tratadas neste trabalho. Portanto, incumbe melhor explicar sobre esse órgão julgador.

A primeira consideração que se deve apresentar é a de que Corte Suprema seja um órgão político, ou seja, tendo em vista ser parte integrante do Governo é considerada instituição política por definição.

Lawrence Baum corrobora essa ideia ao afirmar que “a maior parte das pessoas nomeadas para a Corte foi, antes, participante ativa da política e, frequentemente, as nomeações são objeto de considerável disputa política”¹¹⁴. Ainda, do mesmo autor, “as percepções que os juízes têm da opinião pública e da opinião do Congresso afetam as decisões da Corte. As próprias decisões, com frequência, levam a grandes controvérsias no Governo e na Nação em geral, e os juízes podem ser atacados por membros do Congresso e por outros líderes políticos que discordam de suas políticas”¹¹⁵.

Outra consideração a ser feita é a de que a Suprema Corte é uma instituição legal, isto é, toma decisões dentro de um contexto legal. As escolhas políticas com que a Corte se defronta são enquadradas como matérias de interpretação jurídica. Os juízes estão adstritos ao contexto da Lei e, ao mesmo tempo, são nomeados vitaliciamente, o que lhes oferece certa liberdade de preocupações acerca de aprovação pública.

Conforme Lawrence Baum, “a maioria dos juízes permanece razoavelmente distante da política partidária: o envolvimento aberto com a atividade partidária é visto como ilegítimo”¹¹⁶. É uma complexa atuação na qual os juízes da Suprema Corte tem uma ligação política, uma vez que suas decisões geram consideráveis consequências políticas ao Estado, e jurídica a partir do instante que suas decisões devem estar no quadro da lei.

Dessa forma, pode-se compreender que a jurisprudência formada pela Suprema Corte é uma elaboração de políticas públicas através da interpretação de disposições legais. Esse Órgão não lida com questões jurídicas em abstrato, mas questões nos processos em que as partes lhe trazem.

Lawrence Baum deixa nítido que “a tarefa da Corte é determinar se alguma política do Governo viola uma disposição da Constituição. A Corte pode manter a condenação de

¹¹⁴ BAUM, Lawrence. *A Suprema* cit., p. 12.

¹¹⁵ BAUM, Lawrence. *A Suprema* cit., pp. 12-13.

¹¹⁶ BAUM, Lawrence. *A Suprema* cit., p. 13.

um réu criminal sob o fundamento de que uma discutida busca de prova, no caso, não violou a Quarta Emenda”¹¹⁷.

Nesse sentido, a interpretação jurídica feita pelo Órgão Máximo do Judiciário estadunidense pode expressar posições políticas implícitas ou explícitas, ou seja, uma interpretação da Quarta Emenda pode significar uma posição favorável aos poderes de busca dos órgãos de investigação e colheita de elementos probatórios.

Sendo assim, a Suprema Corte tem ampla liberdade de julgamento de políticas públicas, desde que nos conformes das amarras legais evitando a discricionariedade absoluta e reproduz em suas decisões as novas tendências as serem adotadas em todo ente federativo.

Em sendo a doutrina norte-americana criada com base nos casos paradigmáticos definidos em jurisprudência da Suprema Corte que interpreta a Constituição, os subitens seguintes serão explanados dessa mesma maneira, ou seja, as Emendas Constitucionais que tratam do tema acerca das provas serão apresentadas, posteriormente os *cases* surgidos ao longo dos anos julgados pela Suprema Corte traçando os pilares interpretativos a serem seguidos pela esfera do Judiciário.

1.2. As Emendas da Constituição Federal dos Estados Unidos da América relativas às provas

Antes de adentrar nos *cases* que originaram as doutrinas estadunidenses relativas às provas, cabe mencionar as Emendas Constitucionais utilizadas como pilares argumentativos para a fundamentação dessas teorias.

Segundo Charles D. Cole, a Constituição dos Estados Unidos basicamente protege direitos de uma forma negativa, as Emendas representam uma limitação ao governo, logo, são proibições para a ação governamental que infrinja a liberdade individual. E, portanto, o oposto ao direito positivo que são direitos derivados de obrigações afirmativas na Constituição que dão ao governo a responsabilidade de promover o direito em questão para o povo¹¹⁸.

¹¹⁷ BAUM, Lawrence. *A Suprema* cit., p. 15.

¹¹⁸ COLE, Charles D. *Uma introdução à Constituição dos Estados Unidos e interpretação constitucional na cultura jurídica americana*. In: *Ciclo de Palestras sobre Direito Constitucional Americano*. São Paulo: Imprensa Oficial, 1999, pp. 123-124.

A Constituição Norte-Americana, promulgada em 15 de setembro de 1787, tinha como objetivo estruturar o recém-criado Estado Norte-Americano e não continha nada acerca das garantias do cidadão em face dos poderes da União seja no âmbito administrativo seja no jurisdicional.

Dessa forma, em 15 de dezembro de 1791, promulgou-se a Lei fundamental chamada *Bill of Rights* que era um documento contendo 10 Emendas à Constituição Norte-Americana e explicitava a proteção aos civis. Anos mais tarde, outras Emendas foram incorporadas à Carta Fundamental como a Décima Quarta Emenda de 9 de julho de 1968.

Sendo assim, no presente estudo, devemos nos ater aos ditames das seguintes Emendas: Quarta (promulgada com a *Bill of Rights* – 1791); Quinta (promulgada com a *Bill of Rights* – 1791); Sexta (promulgada com a *Bill of Rights* – 1791); e Décima Quarta – seção 1 (promulgada como uma Emenda à Reconstrução - 1868); todas da Constituição dos Estados Unidos da América.

A Emenda de maior relevância é a Emenda IV, pois serviu de base para a construção jurisprudencial estadunidense no âmbito das provas, sobretudo no tocante à “regra de exclusão”, à teoria dos frutos da árvore envenenada, e principalmente às exceções às provas ilícitas por derivação. As demais Emendas servem como alicerce e justificativa para adoção dessas teorias, vejamos cada uma delas.

Emenda IV: “O direito do povo de estar seguro em suas pessoas, casas, papéis, e demais pertences, contra desarrazoadas buscas e apreensões, não poderá ser violado, nem mandados poderão ser expedidos, senão baseados em causa provável, suportada por juramento ou afirmação, e particular descrição do local a ser buscado e das pessoas e coisas a serem apreendidas”¹¹⁹.

Essa Emenda tem grande importância à doutrina estadunidense e a de outros países, pois foi a partir dela que surgiu a regra probatória de exclusão dos elementos de prova do processo (*exclusionary rule*). Seu conteúdo protege o espaço privado, da intimidade dos indivíduos frente às intromissões ilegais do Estado com abuso de autoridade no decorrer da investigação e da persecução penais.

Segundo Carlos Fidalgo Gallardo, esta provisão constitucional se estrutura em duas cláusulas distintas, a saber: a primeira reconhece o direito à proteção da intimidade da

¹¹⁹ “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” (tradução própria). Disponível em <http://www.archives.gov/historical-docs/document.html?doc=3> [Acesso em 05/03/2014].

pessoa, seu domicílio e seus objetos pessoais e a segunda estabelece uma série de requisitos de necessária observância para justificar a emissão de autorizações de registro, apreensões e arresto que podem interferir nesse direito¹²⁰.

Emenda V: “Ninguém poderá ser detido para responder por crime capital, ou por outra razão infame, salvo por denúncia ou acusação perante um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá ser sujeito, por duas vezes, pelo mesmo crime, a ter sua vida ou integridade corporal postas em perigo; nem poderá ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo, nem poderá ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização”¹²¹.

Analisando essa Emenda, percebe-se que o legislador fez uma reunião de questões de natureza jurídicas diversas que foram de garantias processuais até a expropriação sem a devida indenização.

O foco processual foi dado à proteção do direito individual da não autoincriminação no processo penal invocando-se e incorporando-se, inclusive, a cláusula do devido processo legal (*due processo of law*).

Nos termos de Carlos Fidalgo Gallardo, as duas cláusulas inclusas nessa Emenda têm suma importância no desenlace dos processos penais. A primeira delas estabelece nos Estados Unidos o privilégio frente à autoincriminação forçada (*privilege against compelled self-incrimination*), ou seja, o direito de não se declarar contra si mesmo. A segunda cláusula encrusta a garantia do devido processo (*due processo of law*).

Emenda VI: “Em todas as persecuções criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado-membro e do distrito onde o crime houver sido cometido, distrito este que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser confrontado com as

¹²⁰ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas ilegales de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 62-63.

¹²¹ “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” (tradução própria). Disponível em <http://www.archives.gov/historical-docs/document.html?doc=3> [Acesso em 05/03/2014].

testemunhas de acusação; de ter compulsoriedade processual, a fim de obter testemunhas em seu favor e de ter a assistência de um advogado para sua defesa”¹²².

Trata-se de uma Emenda exclusivamente protetora e expositora de direitos e garantias jurídicas do processo penal, juntamente com as cláusulas relativas à publicidade e à celeridade do julgamento. Define-se, inclusive, a exigência de um jurado imparcial, bem como o direito ao confronto com as testemunhas no sistema acusatório estadunidense e a assistência obrigatória de um advogado.

Emenda XIV – Seção 1: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado-membro onde residam. Nenhum Estado-membro poderá fazer ou aplicar nenhuma lei tendente a abolir os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privá-los da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem poderá denegar a nenhuma pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis”¹²³.

Segundo Carlos Fidalgo Gallardo, a Décima Quarta Emenda faz parte das Emendas de Reconstrução, isto é, advindas de um período de pós-guerra civil, um momento de reconstrução nacional com princípios da nova ordem nacional. Fazer efetiva a abolição da escravidão e elevar a nível constitucional a igualdade de todos os cidadãos perante a Lei sem distinções raciais¹²⁴.

De acordo com Charles D. Cole, tal Emenda constitui claramente uma limitação ao poder do Estado, negando aos Estados o poder de privar as pessoas da vida, liberdade ou patrimônio, sem o devido processo legal e, ademais, exigindo que os Estados estendam igual proteção da lei a todas as pessoas dentro de sua jurisdição¹²⁵.

Dessa forma, infere-se pela leitura da mencionada Emenda a preocupação de garantir a igualdade entre os cidadãos, bem como a reiteração da importância do devido processo

¹²² “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” (tradução própria). Disponível em <http://www.archives.gov/historical-docs/document.html?doc=3> [Acesso em 05/03/2014].

¹²³ “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” (tradução própria). Disponível em <http://www.archives.gov/historical-docs/document.html?doc=3> [Acesso em 05/03/2014].

¹²⁴ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas cit.*, 2003, p. 72.

¹²⁵ COLE, Charles D. *Uma introdução à Constituição dos Estados Unidos e interpretação constitucional na cultura jurídica americana*. In. *Ciclo de Palestras sobre Direito Constitucional Americano*. São Paulo: Imprensa Oficial, 1999, p. 55.

legal, que não podia ser apartado caso houvesse qualquer privação de vida, liberdade ou propriedade de qualquer indivíduo.

1.3. “Cases” antecedentes ao estabelecimento da “regra de exclusão”

Dois são os casos que merecem destaque antes do estabelecimento da regra de exclusão pela interpretação da Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América. O primeiro foi 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.

No segundo, o Caso *Adams v. New York* (1904), a Suprema Corte retrocedeu quanto ao entendimento firmado anteriormente, uma vez que permitiu a inclusão no processo do material probatório obtido mediante violação constitucional.

Contudo, o Caso *Adams v. New York* (1904) não foi base de interpretação para os julgados posteriores, pois a Suprema Corte voltou ao entendimento anterior (*Boyd v. United States* de 1886) permitindo que os diversos conceitos aqui estudados pudessem ser definitivamente consolidados e expandidos.

1.3.1. Caso *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886)¹²⁶ e a proibição de elementos probatórios no processo contrários à Constituição dos Estados Unidos da América

O caso *Boyd v. United States* foi o primeiro julgamento no qual houve a preocupação em se discutir a possibilidade/impossibilidade de inclusão, no processo, de elementos probatórios obtidos mediante violação à Constituição, no processo. Tratou-se de uma causa não criminal na qual houve a apreensão e o confisco de bens sob a alegação de cometimento de fraude na precisão falsa de faturas de mercadorias.

A acusação estava pautada na importação fraudulenta de produtos para os Estados Unidos e a defesa por parte do réu era no sentido da exigência judicial no aporte dos elementos de prova apreendidos ao processo contra sua vontade.

¹²⁶ Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/> [Acesso em 05/03/2014]; e <http://laws.findlaw.com/us/116/616.html> [Acesso em 05/03/2014].

A Suprema Corte interpretou que um procedimento de perdimento de bens de uma pessoa por violação das leis, ainda que leis civis, poderia ser considerado como um caso criminal nos termos da Quinta Emenda que não permite a autoincriminação pelo próprio testemunho.

Ainda, deixou-se claro que a busca e apreensão de papéis privados do indivíduo para ser utilizada como elemento de prova a fim de condená-lo por um crime, aplicando-se uma pena ou a perda de sua propriedade, é diversa da busca e apreensão de bens roubados ou produtos cujos tributos não foram pagos.

O juiz Lord Camden defendia o poder da lei no campo dos mandados de buscas gerais, que devem ser claros na proporção em que o poder é exorbitante. E se é lei, deve ser encontrada nos livros, se não for, lá não estará. Ainda, a propriedade foi o grande objetivo para o qual os homens entraram na sociedade, isto é, para garanti-la. Esse direito deve ser preservado e incommunicável em todos os casos, salvo nas situações em que foi abreviado por direito público, para o bem coletivo.

Assim, tendo em vista que houve invasão na intimidade, na segurança pessoal, na liberdade pessoal, na propriedade privada do acusado com arrombamento de portas, caixas e gavetas, constituiu crime pelos funcionários do governo, pois jamais seriam permitidos elementos de prova decorrentes dessa intrusão para condenar um indivíduo com base no seu testemunho autoincriminador.

A Suprema Corte entendeu que não se pode valer de uma lei em vigor para exigir a produção de elementos de prova, colhidos por meio de uma autorização irrazoável de busca e apreensão eivada de inconstitucionalidade, com simples notificação da parte possuidora desse material probatório.

A apreensão ou a produção processual forçada de documentos privados de um indivíduo para serem utilizados como provas contra ele é o equivalente ao ser obrigado a testemunhar contra si mesmo, portanto ofensa à Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos.

Nesse importante caso, ainda que não explicitada a regra de exclusão, cuja essência se encontra na Quarta Emenda, foi um prenúncio da interpretação a ser seguida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no tocante às exclusões de provas ilícitas.

Além disso, *Boyd v. U.S.* apontava para a limitação dos poderes do Executivo que não poderia excedê-los em respeito aos ditames constitucionais e aos agentes policiais, que

excedessem tais regras, a sanção seria a exclusão de todo material colhido, que não poderia ser produzido e utilizado como prova.

1.3.2. Caso Adams v. New York, 192 U.S. 585 (1904)¹²⁷ e a permissão de inclusão de elementos de prova obtidos com violação à Constituição dos Estados Unidos da América

Tratou-se de um recurso interposto para a Suprema Corte sob alegação de três erros cometidos em julgado de 1903 por juízes do Tribunal de Apelação que condenava o réu pelo crime de ter em sua posse, conscientemente, de máquinas, de bilhetes usados no jogo de “política”¹²⁸, violando a Seção 344a¹²⁹ e Seção 344b¹³⁰, do Código Penal do Estado de Nova York.

¹²⁷ Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/192/585/> [Acesso em 05/03/2014]; e <http://laws.findlaw.com/us/192/585.html> [Acesso em 05/03/2014].

¹²⁸ O jogo de “política” ou simplesmente “loteria” dos artigos do Código Penal de Nova York era um esquema de loteria realizada na aquisição de certos números na loja ou local onde o jogo era praticado e consistia em uma tentativa de adivinhar se uma ou mais séries detidas pelo jogador seria incluída em uma lista de 12 ou 13 vezes a dos números entre um (1) a setenta e oito (78), que supostamente seriam sorteados na sede dos operadores do jogo.

A pessoa que desejasse jogar na probabilidade de números fazia uma aposta na série de opções ou em folhas múltiplas. Uma dessas apostas que continha a combinação do jogador era mantida por ele e era conhecido como aposta do jogo loteria. Os sorteios eram realizados duas vezes ao dia e o titular da combinação sorteada recebe o dinheiro.

¹²⁹ “SEC. 344a. Keeping Place to Play Policy. - A person who keeps, occupies, or uses, or permits to be kept, occupied, or used, a place, building, room, table, establishment, or apparatus for policy playing, or for the sale of what are commonly called 'lottery policies,' or who delivers or receives money or other valuable consideration in playing policy, or in aiding in the playing thereof, or for what is commonly called a 'lottery policy,' or for any writing, paper, or document in the nature of a bet, wager, or insurance upon the drawing or drawn numbers of any public or private lottery; or who shall have in his possession, knowingly, any writing, paper, or document, representing or being a record of any chance, share, or interest in numbers sold, drawn, or to be drawn, or in what is commonly called 'policy,' or in the nature of a bet, wager, or insurance, upon the drawing or drawn numbers of any public or private lottery, or any paper, print, writing, numbers, device, policy slip, or article of any kind such as is commonly used in carrying on, promoting, or playing the game commonly called 'policy;' or who is the owner, agent, superintendent, janitor, or caretaker of any place, building, or room where policy playing or the sale of what are commonly called 'lottery policies' is carried on with his knowledge, or, after notification that the premises are so used, permits such use to be continued, or who aids, assists, or abets in any manner, in any of the offenses, acts, or matters herein named, is a common gambler and punishable by imprisonment for not more than two years, and in the discretion of the court, by a fine not exceeding one thousand dollars, or both”.

¹³⁰ “SEC. 344b. Possession of Policy Slip, etc., Presumptive Evidence. - The possession, by any person other than a public officer, of any writing, paper, or document representing or being a record of any chance, share, or interest in numbers sold, drawn, or to be drawn, or in what is commonly called 'policy,' or in the nature of a bet, wager, or insurance upon the drawing or drawn numbers of any public or private lottery, or any paper, print, writing, numbers, or device, policy slip, or article of any kind, such as is commonly used in carrying on, promoting, or playing the game commonly called 'policy,' is presumptive evidence of possession thereof knowingly and in violation of the provisions of section three hundred forty-four a”.

O primeiro erro apontado à Suprema Corte foi a inclusão de elementos de prova particulares do réu resultantes de busca e apreensão sem sua permissão, ainda que tenha protestado e que foram apreendidos sem seu consentimento.

O réu em sua defesa alegou ilegalidade da busca e apreensão executada, uma vez que fora realizada sem sua permissão e sem qualquer autorização judicial. Igualmente contestou a apreensão e a posse dos documentos obtidos nessa medida cautelar, pois contrária à sua vontade.

Além disso, o réu alegou não ter qualquer relação com o jogo de “política”, cujo crime lhe foi imputado e condenado, portanto, teve ferido os direitos constitucionais da proteção da intimidade e contra irrazoáveis buscas e apreensões, da proteção de testemunho contra si mesmo, em dissonância aos ditames da Quarta, Quinta e Décima-Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos.

O segundo erro apontado foi a acusação, convicta do que tinha, não permitir ao réu o exercício de seus direitos, privilégios e imunidades assegurados aos outros cidadãos dos Estados Unidos e do Estado de Nova York, nem garantir sua liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal, ou igualdade de tratamento, violando-se a Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos.

O terceiro erro ocorreu quando o Tribunal de Apelação confirmou a sentença condenatória e recusou o reconhecimento dos erros de fundamentação probatória da acusação, bem como a devolução dos documentos sob a custódia dos agentes do governo.

O fato ocorreu com a descoberta de por volta de 3500 apostas no escritório do réu pelas autoridades judiciárias, que adentraram com um mandado de busca e apreensão. Contudo, os agentes não somente apreenderam as apostas, como também outros papéis, que foram utilizados contra ele, ainda que com sua objeção, pois úteis a identificar caligrafia do réu nas apostas e comprovar que a ele pertenciam.

A Suprema Corte se manifestou primeiramente acerca da integração da Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos com a Quarta e a Quinta Emendas, corroborando a ideia de que o povo tem os direitos à segurança contra buscas e apreensões e à proteção nos casos criminais de depoimento contra si mesmo, privilégios e imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos e estendidos aos estados membros.

Posteriormente, deixou claro que nenhuma objeção foi feita em julgamento acerca da introdução do testemunho dos policiais que cumpriram o mandado de busca e apreensão para apreender o objeto do crime, porém levantou-se objeção quanto à apreensão de papéis

privados além do disposto no mandado e tais elementos de prova se tornaram importantes para justificar o erro da acusação sobre o réu.

Dessa forma, o direito de se emitir um mandado de busca e apreensão para se descobrir bens roubados ou os meios de cometimentos de crimes não é o cerne da questão, mas sim se na busca de instrumentos de crime, outros papéis poderão ser apreendidos.

Assim, a Suprema Corte se manifestou admitindo que os bilhetes de loteria e os materiais ligados ao jogo foram confiscados ilegalmente, de todos os modos não há causa legal para opor-se à inclusão como elementos probatórios no juízo. Se a autorização judicial de registro foi ilegal, ou se o agente de polícia que a executou se excedeu na sua autoridade, a pessoa que emitiu a autorização ou o agente seriam responsáveis pelo ilícito.

Contudo, por esse motivo, não se pode excluir os documentos apreendidos como elementos probatórios se fossem relevantes para a questão debatida e por serem inegavelmente relevantes, foram incluídos. Isso sob o argumento de que quando se traz documentos como meios de prova em juízo, o Tribunal não deve analisar como foram obtidos, se de forma legal ou ilegalmente.

Sendo assim, a Suprema Corte se manifestou pela inclusão de um elemento de prova independentemente do modo de sua obtenção. Isso foi um retrocesso em face do julgado paradigma *Boyd v. United States* de 1886, contudo, conforme os julgados adiante colacionados, percebeu-se que essa exceção não prevaleceu, pois se fixou a regra de exclusão e suas derivações.

1.4. A “regra de exclusão” (*exclusionary rule*) e os casos paradigmáticos para sua consolidação no direito estadunidense

A “regra de exclusão” fixou a norma probatória contida pela interpretação da Quarta Emenda da Constituição (1791) e, segundo Henry B. Rothblatt, 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 Corte¹³¹.

¹³¹ ROTHBLATT, Henry B. *Handbook of evidence for criminal trials*. New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1965, pp. 17-19.

Contudo, a primeira aparição dessa regra ocorreu no caso *Weeks v. United States* (1914) renunciando a sanção decorrente dessa violação constitucional: a exclusão desses elementos de prova colhidos com violação constitucional.

Inferre-se, desta feita, que a *exclusionary rule* teve sua origem no início do século XX, embora já anunciada (*Boyd v. United States*¹³²) no final do século XIX (1886).

Mas o que seria a “regra de exclusão”¹³³ propriamente dita?

Segundo o dicionário “Black’s Law”, a “regra de exclusão” pode significar, em sentido amplo, qualquer regra que exclua ou suprima qualquer elemento de prova. Já em sentido restrito, pode ser entendida como uma regra que exclui ou suprime elementos de prova obtidos com violação aos direitos pessoais constitucionais do indivíduo, por exemplo, a Suprema Corte não admite drogas como elemento de prova se tiverem sido obtidas por meio de uma busca e apreensão em violação aos direitos de intimidade de um indivíduo. Há íntima ligação com a doutrina dos “frutos da árvore envenenada”¹³⁴.

Doutrinariamente, uma das definições pode ser a adotada por Carlos Fidalgo Gallardo, no conceito tradicional de regra de exclusão, como aquela elaborada pela Corte Suprema dos Estados Unidos da América, portanto, “regra jurisprudencial segundo a qual os materiais probatórios colhidos por força dos órgãos públicos mediante ações de investigação criminal que vulnerarem os direitos constitucionais reconhecidos pelas Quarta, Quinta, Sexta, ou Decima-quarta Emendas da Constituição Federal, não podem ser admitidos, nem valorados pelo julgador na fase decisória dos processos penais federais ou

¹³² Vide item 1.3.1 supra.

¹³³ Cabe mencionar, por fim, a utilização dos termos “proibição” ou “exclusão” de um elemento de prova no tema da *exclusionary rule*. Essas expressões foram citadas por Fabricio Guariglia e analisadas a partir de seu resultado que geram no processo, portanto, diferença puramente semântica, pois sob uma concepção positiva, impõe-se deveres de exclusão do procedimento o elemento de prova obtido de forma contrária a uma norma que prescreve um determinado método de colheita.

Já sob uma concepção negativa, impõem-se proibições de incorporações e fundamentalmente de valoração de um elemento de prova obtido de forma irregular e daquela cuja incorporação é vedada no ordenamento jurídico.

De qualquer modo, ambas as concepções, embora diferenciação meramente semântica, Fabricio Guariglia entende que conduzem a um idêntico resultado: a não valoração da prova pelo julgador. Isto, pois, o cerne da questão estaria na não valoração do elemento de prova irregularmente obtido, ou diretamente proibido por lei, ou seja, o material obtido não pode formar parte da estrutura de apoio da decisão judicial.

Para Fabricio Guariglia, um meio de prova irregularmente adquirido significa um elemento de prova obtido contra as prescrições da lei processual para colheita desse material probatório, por exemplo, uma interceptação telefônica realizada sem os pressupostos e condições estabelecidas pela lei. E proibição da lei significa os casos de proibição expressa de valoração de um meio de prova contido na lei, por exemplo, a leitura de um testemunho ao invés de sua declaração em juízo. (GUARIGLIA, Fabricio. *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal – una propuesta de fundamentación*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, pp. 19-21).

¹³⁴ BLACK, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary*. 9ed. St. Paul: West Publishing Co., 2009, p. 647.

estaduais, como efeito de determinação de prova (meios de prova produzidos no processo) da culpabilidade ou inocência do acusado cujos direitos foram violados”¹³⁵.

Carlos Fidalgo Gallardo amplia seu conceito de regra de exclusão como um resultado do processo de decantação e integração de diversos elementos dispersos, que tem sido formado pelo Direito jurisprudencial à medida que novos pronunciamentos judiciais são abordados com novos aspectos e procuram resolver adequadamente os problemas que surgem¹³⁶.

Teresa Armenta Deu reconhece a peculiaridade da *exclusionary rule* em relação aos sistemas continentais, pois possui diferenças em dois planos: o constitucional e o argumentativo. No primeiro plano, analisam-se os fundamentos constitucionais da tutela dos direitos contidos nas Quarta Emenda (direito de não sofrer buscas e apreensões irrazoáveis), Quinta Emenda (direito da não autoincriminação), Sexta Emenda (direito de estar assistido por um advogado), e Décima Quarta Emenda (direito ao devido processo), e tais direitos constituem restrições à autoridade dos agentes públicos em face dos cidadãos principalmente em seus direitos individuais¹³⁷.

E no plano argumentativo, tem-se o efeito dissuasório, que conduz a exclusão para dissuadir as forças de ordens de futuras violações, e a integridade judicial, que leva a idêntico efeito na medida em que o Estado por meio de seus magistrados infringiria o direito equiparando-se ao réu a quem se julga¹³⁸.

Acrescenta Teresa Armenta Deu que, ao analisar o alcance da “regra de exclusão” dos Estados Unidos da América, não se deve esquecer quatro circunstâncias tão exclusivas quanto determinantes desse ordenamento: a) desde sua origem a “regra de exclusão” foi atrelada ao debate sobre o federalismo nos Estados Unidos; b) a “regra de exclusão” encontra-se com íntima conexão com o ativismo judicial; c) a “regra de exclusão” é a inevitável chave interpretativa que constituem as peculiaridades processuais do sistema jurídico-estatal e a história constitucional da incorporação às regulações jurídicas dos diversos Estados federados das previsões contidas na Constituição federal; e d) não se deve esquecer das inúmeras mudanças das circunstâncias sociais e políticas não somente pela relação com a criminalidade, como também pelas mudanças da Suprema Corte.

¹³⁵ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas* cit., p. 49. Essa também foi a mesma definição adotada por Teresa Armenta Deu (ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita – um estudio comparado*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 29-30)

¹³⁶ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas* cit., p. 49.

¹³⁷ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita – um estudio comparado*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 27.

¹³⁸ ARMENTA DEU, Teresa. *La pruebas* cit., pp. 27-28.

Dessa forma, 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 Unidos e, conseqüentemente, a integridade judicial¹³⁹.

Manuel da Costa Andrade, por sua vez, entende que a *exclusionary rule* surge animada por uma intencionalidade normativa própria. O que, em primeira linha, cabe prevenir e “reprimir” são as manifestações de ilegalidade da polícia criminal na interação com o cidadão e as suas garantias constitucionais. Assim, trata-se de assegurar a disciplina das instancias formais de controle, isto é, a estrita conformidade da sua atuação às pertinentes normas processuais¹⁴⁰. Em síntese, Manuel da Costa Andrade define esse instituto como um conjunto de princípios, normas e práticas jurisprudenciais suscetíveis de ser referenciado como o sistema americano das proibições de prova¹⁴¹.

Donald Dripp afirma que a “regra de exclusão” permite ao imputado evitar a inclusão no processo criminal de elementos de prova obtidos com a violação à Constituição. É uma forma, inclusive de dissuadir eventual má conduta do agente policial no cumprimento de seus deveres¹⁴².

Diante disso, a “regra de exclusão” tem a importante função de extirpar do processo qualquer elemento de prova que venha ferir os ditames legais das Emendas Constitucionais da Constituição dos Estados Unidos da América. Assim, criam-se limites ao Estado no tocante à sua atuação, ou seja, são os contrapesos em face de um eventual exercício descomedido estatal. Não deixa de ser uma aplicação prática, por exemplo, da inadmissibilidade de um elemento de prova contaminado pela ilicitude no processo quando se deixa claro a sua exclusão em respeito aos direitos e garantias fundamentais.

¹³⁹ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba* cit., p. 31.

¹⁴⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 144.

¹⁴¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições* cit, p. 133.

¹⁴² DRIPP, Donald. *Exclusionary rule*. In. *Encyclopedia of crime and justice*. 2ed. Joshua Dressler (org.). Nova Iorque: Macmillan Reference USA/Gale Group, 2002, pp. 630-631.

1.4.1. Uma regra de exclusão ou várias regras de exclusão

Pela leitura das Emendas Constitucionais acima colacionadas, surge a dúvida: haveria apenas uma regra de exclusão da Quarta Emenda ou várias, isto é, cada Emenda seria uma espécie de regra de exclusão?

Segundo Carlos Fidalgo Gallardo, a doutrina e a jurisprudência estadunidense não são unânimes sobre esta questão, pois se pode interpretar que há uma única regra de exclusão que estende seus efeitos sobre distintas áreas, ou uma regra de exclusão da Quarta Emenda como principal e diversas outras¹⁴³ específicas existentes pela leitura da Quinta, Sexta e Décima Quarta Emendas¹⁴⁴.

O que se pode fixar diante de tantos impasses é a existência de distinções de aspectos substantivos e processuais da regra de exclusão, na qual se pode extrair uma comum consequência jurídica: a não incorporação ao juízo oral de determinados materiais probatórios por questões alheias à confiabilidade do conteúdo que contenham. É a proibição de inclusão de elementos probatórios extraprocessuais obtidos mediante a violação de algum dos direitos constitucionais que protegem os indivíduos frente às atuações dos poderes estatais no campo do procedimento criminal.

Ainda, se os mesmos materiais probatórios forem incorporados no processo, mas ungidos de ilicitude por conta de violação de alguma norma constitucional, entra em jogo a mesma consequência jurídica, é a mesma regra processual que se impõe. A *exclusionary rule*, portanto, segundo Carlos Fidalgo Gallardo, se apresenta como um conjunto de respostas jurídico-processuais contra as irregularidades ocorridas na atividade probatória¹⁴⁵.

Partimos, dessa forma, do pressuposto que existe uma única “regra de exclusão”, a contida na Quarta Emenda, que serve como base de interpretação normativa a fim de que nenhum indivíduo seja acusado com base em elementos de prova violadores de seus direitos constitucionalmente previstos. É a interpretação ampliativa da norma descrita na

¹⁴³ Fabricio Guariglia afirma existir na verdade várias regras de exclusão. Adota a seguinte divisão: regras de exclusão extrínsecas, que estão relacionadas a valores atrelados à busca da verdade; e as regras de exclusão intrínsecas, que estão relacionadas a acurar a determinação do fato mediante eliminação de determinados elementos de prova. Ainda, a regra de exclusão em sentido amplo que inclui preceitos como a inadmissibilidade geral do testemunho do “ouvi dizer” (*hearsay evidence*) e a em sentido estrito que exclui a prova nos termos da IV Emenda, que se difere das violações às V e VI Emendas, pois estas seriam pragmáticas e aquelas com fins preventivos (GUARIGLIA, Fabricio. *Concepto* cit., pp. 14-17). Nesse mesmo sentido Donal Drupp (DRIPP, Donald. *Exclusionary rule*. In. *Encyclopedia* cit., pp. 629-635)

¹⁴⁴ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas* cit., pp. 78-79.

¹⁴⁵ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas* cit., p. 13.

Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América que norteia as demais Emendas relativas às provas.

1.4.2. Natureza jurídica e efeito da regra de exclusão

A “regra de exclusão” se apresenta como uma sanção híbrida, ou seja, pode ser entendida como sanção de inadmissibilidade no processo de um elemento de prova contaminado pela ilicitude, ou uma sanção de nulidade quando tal elemento de prova tenha sido admitido no processo ou produzido de forma ilegal.

Maximiliano Hairabedián afirma que quando se trata do tema da regra de exclusão é comum que se indique estar em presença de situações de inadmissibilidade de uma prova ilícita. Sua crítica, porém, ocorre na expressão incorreta empregada no seu sentido estrito, isto é, a prova inconstitucional, em maior parte dos casos, ingressa no processo, mas no momento de sua valoração que se decide pela sua ineficácia (não surte efeito). Para uma correta expressão, o emprego deveria ser da inadmissibilidade com a manifestação da ilicitude até mesmo depois do oferecimento do elemento de prova. Por isso, conclui que as exclusões probatórias constituem sanções processuais porque são ameaças de tornar ineficazes e não valoráveis os atos marcados de certos vícios¹⁴⁶.

Outra relação a ser feita, segundo Maximiliano Hairabedián, ocorre quanto às exclusões probatórias que abarcam um campo mais amplo em relação ao das nulidades, ou seja, estas recaem sobre os atos processuais, já aquelas compreendem não somente os atos processuais, como também os cumpridos fora do processo, mesmo antes de seu começo e por pessoas que não são sujeitos processuais¹⁴⁷.

Uma terceira análise apontada por Maximiliano Hairabedián é a de que as nulidades estão impostas pelas legislações formais, regulamentando direta ou indiretamente uma disposição constitucional, ao passo que a regra de exclusão está ou não prevista no texto fundamental, é imposição expressa ou implícita desse texto. Em suma, as nulidades têm sua fonte direta nos códigos processuais e a regra de exclusão nas Cartas Magnas¹⁴⁸.

¹⁴⁶ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba* cit., p.59.

¹⁴⁷ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba* cit., p. 60.

¹⁴⁸ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba* cit., p. 62.

Dessa forma, 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.

1.4.3. Caso *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914) ¹⁴⁹ e a regra de exclusão (*exclusionary rule*)

O julgado “*Weeks v. United States*” (1914) foi o primeiro caso no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos sustentou pela exclusão de um elemento de prova resultante da violação à Quarta Emenda da Constituição.

O acusado, empregado de uma companhia de correios, foi preso por um policial sem mandado na cidade de Kansas, Missouri. Enquanto isso, outros oficiais da polícia foram à casa do imputado, onde ingressaram e apreenderam diversos documentos, que foram posteriormente enviados ao promotor dos Estados Unidos.

Horas mais tarde do mesmo dia, oficiais da polícia retornaram acompanhados do chefe da polícia, com o intuito de encontrar mais elementos de prova e, ainda sem autorização para busca, adentraram e recolheram cartas, sobretudo as de dentro de uma gaveta na cômoda do quarto.

Antes do prazo para a produção probatória, o acusado peticionou requerendo a devolução dos documentos privados, livros e outros materiais de sua propriedade, com base na proteção legal conferida pelas Quartas e Quintas Emendas da Constituição dos Estados Unidos, em face da invasão e apreensão desse material sem autorização para tais atos. Pedido este que foi indeferido.

De acordo com a especificação dos bens apreendidos, alguns não deveriam ser devolvidos, pois o promotor havia afirmado que se valeria deles como meios de prova a serem introduzidos no processo e que os direitos alegados pelo peticionário seriam somente violados se a Corte assim entendesse e exigisse a devolução do material.

O Tribunal ordenou a devolução de parte do material obtido que não fosse útil ao caso e denegou a petição no âmbito da matéria pertinente. O Promotor acatou a ordem e reteve os elementos probatórios apreendidos de seu interesse sob justificativa de que seriam utilizados como meios de prova da causa já individualizada.

¹⁴⁹ Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/> [Acesso em 05/03/2014]; e <http://laws.findlaw.com/us/232/383.html> [Acesso em 05/03/2014]

O caso chegou à Suprema Corte mediante uma moção representada pelo acusado para devolução de certas cartas e outros papéis obtidos a partir de busca e apreensão feita em sua residência que, sem autorização legal, não teria como firmar os elementos probatórios para incriminá-lo. Além disso, o acusado invocou em sua proteção os ditames legais das Quarta e Quinta Emendas da Constituição dos Estados Unidos, haja vista a violação de seus direitos nelas protegidos.

A Suprema Corte citou o caso *Boyd v. United States* (1886) no qual foi fixada a importância da Quarta Emenda que tem a função de instrumento garantidor do povo americano contra as ingerências das autoridades do governo à privacidade e aos pertences. É a defesa contra a invasão domiciliar com o objetivo de registrar e confiscar bens e documentos, portanto, meio de contenção dos funcionários do Estado e forma de assegurar à nação, às pessoas, às casas, e aos documentos, sob os auspícios da lei.

De acordo com a Suprema Corte dos Estados Unidos, não é juridicamente permitido que o Governo atuante sob os auspícios da legalidade identifique a pessoa do acusado mesmo se ilegalmente preso e descubra ou confisque os frutos probatórios de um eventual crime.

E, no presente caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos se encontra diante de uma situação na qual houve a retenção de cartas e correspondências do acusado, bem como confisco sem sua presença e autorização por uma autoridade do Estado que não possuía tanto o mandado para prisão, quanto a permissão para adentrar na residência.

Dessa forma, a Suprema Corte dos Estados Unidos conclui que não levar em consideração a ilegalidade ocorrida é deixar de dar valor à Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos.

Sendo assim, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o material probatório apreendido na casa do acusado por um agente dos Estados Unidos, sem poderes para tal, foi uma direta violação dos direitos constitucionais do processado, portanto, a decisão do Tribunal inferior infringiu os direitos constitucionais do cidadão que pediu a devolução de seus pertences.

Nestes termos, ao manter os elementos probatórios indevidamente apreendidos e retidos, bem com permitir o uso como meio de prova a ser introduzido no processo, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu cometer-se um erro prejudicial dado que os papéis e propriedades confiscadas pela polícia não possuíam qualquer autorização legal para isso. Assim, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu pela revogação da sentença

do Tribunal inferior e o caso reenviado para ulteriores procedimentos em harmonia com sua decisão.

1.4.4. Caso *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928)¹⁵⁰ e a regra de exclusão (*exclusionary rule*)

O presente caso teve como cerne a discussão acerca do uso de interceptações telefônicas privadas entre os acusados e outras pessoas violando a Quarta e a Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América.

Os acusados haviam sido condenados pela Corte do Distrito Oeste de Washington pela posse ilegal, transporte e importação de licores e causar dano mediante sua venda com violação à Lei de Proibição Nacional (Vol. 27 *United States Code Annotated*).

Segundo os elementos de prova acostados aos autos, revelou-se um grande esquema para importar, possuir e vender licores ilegalmente. Isso implicou o emprego de ao menos 50 pessoas, duas embarcações marítimas para o transporte de licor até a Colúmbia Britânica, de pequenas embarcações para o transporte ao largo da costa até o estado de Washington, a compra e o uso de um ramal além dos limites do subúrbio de Seattle, com a manutenção de uma central telefônica com seus operadores. De acordo com os dados contábeis, em um ano a soma batia por volta de dois bilhões de dólares.

Olmstead foi o líder do esquema e diretor geral do negócio. Existiam vários chefes locais e, em Seattle, encontrava-se um telefone central com três linhas por meio das quais os pedidos eram recebidos.

A informação que resultou no desvelamento do plano, sua natureza e extensão foi amplamente obtida por meio da interceptação de mensagens telefônicas realizada por quatro agentes com o registro da troca de dados entre os conspiradores. Pequenas escutas telefônicas foram inseridas ao longo dos cabos de telefonia originária desde as residências dos acusados até as que chegavam às oficinas dos chefes locais.

Essas inserções não transpassaram os domicílios dos acusados, pois foram feitas na base do edifício dos escritórios e as intervenções das linhas das residências realizadas nos arredores das ruas focadas.

¹⁵⁰ Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/> [Acesso em 05/03/2014]; e <http://laws.findlaw.com/us/277/438.html> [Acesso em 05/03/2014].

A Suprema Corte dos Estados Unidos foi instada a se manifestar pelo fato da possível violação às Quartas e Quintas Emendas da Constituição. Contudo, quanto a esta última, entendeu que somente seria discutível se ao menos fosse, primeiro, violada a Quarta Emenda.

Segundo a Suprema Corte dos Estados Unidos, o objetivo histórico da promulgação da Quarta Emenda foi proteger qualquer indivíduo contra o uso da força governamental ao adentrar à sua casa, proteger quanto à sua privacidade, a seus papéis e aos seus efeitos, igualmente, para proteger quanto ao confisco de seu patrimônio. E a mesma Emenda demonstra que o registro deve recair sobre as coisas materiais, portanto, sua pessoa, sua casa, seus documentos e seus efeitos.

Em parte do julgado, discutiu-se pela interpretação estrita da Quarta Emenda, ou seja, que não fosse feita uma analogia da Emenda às escutas telefônicas, pois trataria da ação de um agente do governo no registro e apreensão de papéis ou efeitos da busca. Além disso, os Estados Unidos tratavam de forma diversa as mensagens telefônicas e as cartas lacradas.

Assim, uma parte da Suprema Corte entendeu que a interpretação da Emenda não poderia ser estendida e ampliada até incluir os cabos telefônicos, que chegam ao mundo inteiro a partir da casa do acusado ou do escritório. Não houve entrada nas casas ou escritórios dos acusados, pois os fios intervenientes não faziam parte desses locais, mas das estradas ao longo das quais são esticados.

Por essa razão, a Suprema Corte defendeu que não se podia justificar a ampliação da interpretação empregada além do significado prático possível a casas, pessoas, papéis e efeitos, ou aplicação das palavras de registro e apreensão a proibir de escutar ou ver. E os agentes que interceptaram as vozes projetadas ao mundo externo não estavam nem na casa, tampouco faziam parte da conversação, logo não se discute a proteção dessa situação pela Quarta Emenda.

O juiz Holmes não quis adentrar na discussão acerca da proteção do acusado pelas Quartas e Quintas Emendas, embora defendesse a possibilidade da Corte errar distorcendo as palavras de uma lei na qual importa uma política de proteção que vai além delas.

O juiz Holmes defendia ser desejável que os criminosos fossem detectados e, para tanto, todo e qualquer tipo de elemento probatório disponível deveria ser utilizado. Ao mesmo tempo, não era desejável que o governo cometesse outros crimes com o fito de

obter elementos comprobatórios. Por isso, era melhor que alguns criminosos escapassem a presenciar o governo desempenhando um papel ignóbil.

Acrescentou o juiz Holmes afirmando que parecia lógico levar à exclusão de elementos de prova obtidos por violação à Constituição, igualmente àqueles obtidos a partir de crime cometido por agentes da lei.

O juiz Brandeis decidiu que a interceptação telefônica pode ser equiparada a uma busca e apreensão nos termos da Quarta Emenda, de tal sorte que a maneira praticada no caso, foi um registro e apreensão exorbitante e o elemento de prova assim obtido inadmissível.

Ainda segundo o juiz Brandeis, quando a Quarta e a Quinta Emendas foram adotadas, a força e a violência eram os únicos meios conhecidos pelo homem através do qual o governo podia efetuar diretamente a autoincriminação, por exemplo, podia compelir o indivíduo a testemunhar, forçadamente, se necessário via tortura, ou obter documentos atinentes à vida privada.

Continuou o juiz Brandeis que a proteção contra tais invasões da santidade da casa do homem e da sua privacidade foi estipulada pelas mencionadas Emendas mediante linguagem específica. Contudo, os tempos mudam e trazem a existências de novas condições e propósitos, significados mais sutis e de maior alcance à invasão da privacidade tem chegado a ser eficazes para o governo, isto é, a aplicação de uma Constituição não pode somente versar sobre o que foi, mas o que será. E defende que o correio é um serviço público provido pelo governo, assim como a telefonia, logo não haveria qualquer diferença entre a carta lacrada e a mensagem telefônica privada.

Por essa razão, afirmou Brandeis, sempre que uma linha telefônica fosse interceptada, a privacidade das pessoas em ambos os extremos da linha era invadida e todas as conversações confidenciais entre as partes envolvidas sobre qualquer pessoa podiam ser ouvidas. Assim, a proteção garantida pelas Emendas é muito mais ampla e os redatores da Constituição empreenderam o resguardo de condições favoráveis para a busca da felicidade, reconheceram o significado da natureza espiritual do homem, de seus sentimentos e de seu intelecto.

O juiz Brandeis acrescentou que os redatores da Constituição conferiram, também, o direito contra o governo de ser deixado só e para protegê-lo, toda invasão injustificada do governo na privacidade do indivíduo, independente do método empregado, deve ser estimado como uma violação à Quarta Emenda. E o uso como meio de prova em um

processo criminal, dos fatos estabelecidos através dessa invasão deve ser entendido como uma violação da Quinta Emenda.

Por fim, o juiz Brandeis concluiu que se na administração da lei criminal os fins justificam os meios, se o governo pode cometer crimes para assegurar a condenação de um acusado, trariam consigo uma retribuição maléfica e contra essa perniciosa doutrina a Suprema Corte deveria se opor.

O juiz Butler apenas trouxe uma indagação: se o governo poderia com suas Quarta e Quinta Emendas pelos seus agentes quando acharem conveniente, interceptar linhas telefônicas, escutando, barrando e informando as mensagens privadas e conversações transmitidas por telefone.

O entendimento do juiz Butler estava pautado no sentido de que a interceptação telefônica implica intervir no cabo enquanto utilizado. Interceptar os cabos e escutar a conversa privada pelos agentes literalmente constitui um registro de posse de elemento de prova, pois à medida que as comunicações passavam, eram escutadas e barradas.

Ainda, o juiz Butler reiterou que a Suprema Corte teria sempre interpretado a Constituição à luz dos princípios sobre os quais ela foi fundada. A operação direta ou o significado literal das palavras usadas não medem o propósito e o alcance de suas disposições. De acordo com os princípios estabelecidos e aplicados pela Corte, a Quarta Emenda salvaguarda contra todos os males que são como e equivalentes àqueles que abraça o significado ordinário de suas palavra.

Assim, o juiz Butler conclui que quando os fatos nesses casos são verdadeiramente estimados, uma clara e justa aplicação desse princípio decide a questão constitucional a favor dos peticionários. Por essa razão, opinou por um novo julgamento.

Dessa forma, os votos dos juízes por maioria deixaram nítido que a regra de exclusão seria aplicável, haja vista a impossibilidade de violação da Quarta Emenda com a aplicação ampliada às interceptações telefônicas, conseqüentemente, haveria a violação da Quinta Emenda, portanto, a necessidade de um novo julgamento dos acusados com a exclusão dos elementos de prova ilegalmente colhidos.

1.4.5. Caso Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)¹⁵¹ e a confirmação da regra de exclusão (*exclusionary rule*) como parte do devido processo legal e aplicável aos Estados-membros

Tratou-se de um caso no qual a recorrente foi condenada por ter em sua posse livros concupiscentes e lascivos, bem como certas imagens e fotografias obscenas, portanto, violando o Código de Ohio, cuja redação proibia qualquer pessoa ter a posse ou o controle de um livro ou imagem obscena, depravada ou lasciva.

O fato ocorreu em maio de 1957, quando três agentes de polícia de Cleveland chegaram à residência da acusada mediante denúncia anônima na qual certa pessoa estaria ocultando-se na casa para não prestar depoimentos relativos a um atentado. A senhora Mapp e sua filha viviam no último andar do imóvel habitado por mais duas famílias.

Chegando à casa, os agentes policiais bateram à porta e solicitaram entrada, mas a proprietária, senhora Mapp, não somente pediu o mandado, que não existia, como também telefonou ao seu advogado. Horas mais tarde, os agentes adentraram na residência mesmo sem mandado, embora com a presença do advogado da acusada.

A acusada tentou evadir do domicílio, mas foi presa. Nesse meio tempo, os policiais fizeram uma varredura em todo local, em todas as habitações, e apreenderam material que entenderam ser pornográfico.

De acordo com os agentes da polícia que participaram da busca e apreensão, dos documentos encontrados, alguns estavam no banheiro, outros dentro de uma maleta embaixo da cama do quarto e outros em uma caixa no subsolo da casa. Contudo, a acusada afirmou que tais materiais haviam sido abandonados pelo antigo pensionista, um homem que partira para Nova York.

O Tribunal de Ohio julgou pela manutenção da condenação, pois era válida, não obstante estar baseada em elementos de prova introduzidos no processo apreendidos de forma infringente à lei diante da violação do domicílio da acusada sem autorização. E declarou que os elementos de prova colhidos seriam admissíveis em um procedimento criminal a menos se tivesse utilizada força física brutal contra a acusada, e como não fora, seria condenada.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, neste caso, discordou com o Tribunal de Ohio citando os precedentes “Weeks v. U.S.”, de 1914 e “Silverthorne Lumber Co. v. U.S.”¹⁵²,

¹⁵¹ Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/643/> [Acesso em 05/03/2014]; e <http://laws.findlaw.com/us/367/643.html> [Acesso em 05/03/2014]

de 1920, sob alegação da proteção constitucional da Quarta Emenda, que limita o uso de elemento de provas no processo se resultante de busca e apreensão ilegal.

Defendeu a Suprema Corte dos Estados Unidos que a cooperação federal-estadual na solução do crime nos ditames dos standards constitucionais estava fomentada pelo reconhecimento das mútuas obrigações e do respeito dos critérios fundamentais nos seus enfoques. Reconheceu que o direito à privacidade, elencado na Quarta Emenda, é invocável frente aos Estados, portanto, o direito está protegido contra brutais invasões à privacidade por agentes estatais. Ainda, em sendo tal ditame constitucional em sua origem, não se pode permitir que se transformasse em uma promessa vazia.

Além disso, complementou a Suprema Corte dos Estados Unidos que o direito à privacidade está protegido da mesma maneira em relação a outros direitos básicos resguardados pela Cláusula do Devido Processo. Assim, não se poderia permitir que fosse revogado a bel prazer da autoridade policial que, em nome da própria vontade, escolhe suspender essas diretrizes de defesa.

Por essa razão, a decisão da Suprema Corte outorgou ao indivíduo nada mais aquilo que a Constituição dos Estados Unidos já garante e, ao agente de polícia, nada menos que o honesto cumprimento da lei, e às Cortes a integridade judicial tão necessária à verdadeira administração da justiça.

Portanto, decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos pela a revogação da decisão do Tribunal de Ohio e o reenvio da causa para o juízo de origem com a exclusão de elementos de prova obtidos mediante violação dos ditames constitucionais.

1.5. A “teoria dos frutos da árvore envenenada”¹⁵² e o conceito de prova ilícita por derivação

De acordo com Dicionário “Black Law”, a doutrina dos “frutos da árvore envenenada” está atrelada ao procedimento criminal e é a regra na qual todo elemento de prova derivado de uma busca e apreensão ou interrogatório ilegais não pode ser incluído no

¹⁵² Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/> [Acesso em 05/03/2014]; e <http://laws.findlaw.com/us/251/385.html> [Acesso em 05/03/2014].

¹⁵³ Cabe fazer menção ao excerto da passagem bíblica que foi inspiração para a cunhagem “fruit of poisonous tree” ou frutos da árvore envenenada: “Toda a árvore boa dá bons frutos e toda a árvore má dá maus frutos. A árvore boa não pode dar maus frutos nem a árvore má, dar bons frutos. Toda a árvore que não dá bons frutos é cortada e lançada ao fogo. Pelos frutos, pois, os conhecereis” (Mateus 7:17-20).

processo porque o elemento probatório (o “fruto”) foi contaminado pela ilegalidade (a “árvore envenenada”). Por exemplo, uma arma de fogo, elemento probatório de um crime, não pode ser incluída ao processo se o mapa utilizado, onde apontava a localização do instrumento do crime, foi apreendido por meio de uma busca e apreensão ilegal¹⁵⁴.

Segundo Alejandro Carrio, a doutrina dos “frutos da árvore envenenada” teve origem nos Estados Unidos da América a partir da aplicação generalizada da regra de exclusão, principalmente, na década de 60¹⁵⁵.

Essa doutrina é uma consequente ampliação da vedação dos elementos de prova obtidos diretamente com violação aos direitos fundamentais. É, portanto, um efeito reflexo dos elementos de prova obtidos a partir dessas infringências.

Marina Gáscon Abellán afirma ser a situação das provas lícitamente produzidas a partir das informações obtidas por meio de uma prova ilícita, por isso a denominação prova ilícita indireta ou derivada. Cita os seguintes exemplos: a transcrição de conversas telefônicas interceptadas (cumprindo todos os requisitos) com base em uma informação obtida por meio de uma gravação que fere a inviolabilidade do domicílio; ou a declaração da polícia acerca da apreensão de drogas de um esconderijo, cuja existência foi conhecida por meio de uma lesão ao segredo das comunicações telefônicas; ou a informação obtida mediante tortura de um indivíduo detido¹⁵⁶.

Dessa forma, Marina Gascón Abellán entende que o reconhecimento desse efeito reflexo não se refere a uma concessão “supergarantista”, mas sim uma consequência da especial posição dos direitos fundamentais que ocupam no ordenamento e a consequente necessidade de garantir contundentemente a sua eficácia¹⁵⁷.

Assim sendo, a doutrina dos “frutos da árvore envenenada” deve estar presente 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.

¹⁵⁴ BLACK, Henry Campbell. *Black's Law* cit., p. 740.

¹⁵⁵ CARRIO, Alejandro D., *Garantias constitucionales en el proceso penal*. 3ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1994, pp. 162-163.

¹⁵⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Freedom of proof? El cuestionable debilitamento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*. In. *Estudios sobre la prueba*. Coord. Miguel Carbonell; J. Jesús Orozco Henríquez, Rodolfo Vásquez. México: Universidad Autónoma de México, 2006, p. 59.

¹⁵⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Freedom of proof?* cit., p. 60.

1.5.1. Caso *Silverthorne Lumber v. United States*, 251 U.S. 385 (1920)¹⁵⁸ e a “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*fruit of the poisonous tree doctrine*)

O caso se iniciou com um *writ* que visou à reversão da decisão do Tribunal Distrital pela multa dada à Companhia Lumber Silverthorne com argumento de tentativa de sonegação de impostos e pela prisão de Frederick W. Silverthorne até sua redenção. Esta última punição foi decorrente das recusas de obediência às intimações para que produzisse provas dos livros e documentos da empresa perante o grande júri a serem usadas sob a alegação de terem violado os estatutos dos Estados Unidos da América.

Contudo, a não produção foi justificada com o argumento de que a ordem do Tribunal Distrital infringiria o direito das partes sob a égide da Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América. Assim, a questão surgiu com a dúvida da possibilidade de elementos de prova serem admitidos mesmo se derivados de elementos de prova obtidos de forma ilícita, isto é, os elementos de prova derivados de atos ilegais poderiam ser admitidos em juízo?

A acusação, nesse caso, estava pautada em uma única carga probatória: nos livros, papéis e documentos encontrados após busca no escritório da empresa, cujos proprietários estavam detidos em suas casas.

A busca e apreensão havia sido realizada por representantes do Departamento de Justiça e por outros agentes federais sem qualquer autoridade. Foram apreendidos os materiais lá encontrados e os empregados encaminhados ao gabinete do Promotor distrital.

O Tribunal entendeu que o Estado havia planejado os atos, que foram ratificados diante do decorrer dos fatos. Ainda, com base em fotografias e cópias de documentos relevantes foi feito um novo indiciamento com a alegação de que deveria mantê-lo, pois não haveria outro modo de se obter conhecimento dos fatos, mas isso violaria a Quarta Emenda da Constituição.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, ao julgar, invoca a Quarta Emenda afirmando que não respeitar os ditames legais nela contida é reduzir a meras palavras. A essência de uma disposição que proíbe a aquisição de elementos de prova de uma maneira não significa meramente que esse elemento de prova assim obtido não possa ser usado perante a Corte, mas sim que não possa ser usado de forma alguma. Além disso,

¹⁵⁸ Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/> [Acesso em 05/03/2014]; e <http://laws.findlaw.com/us/251/385.html> [Acesso em 05/03/2014].

ao permitir o uso de elementos de prova derivados de atos ilegais, estar-se-ia encorajando os órgãos policiais a desrespeitar a mencionada Emenda.

Reiterou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América que isso não significa que os fatos assim obtidos se tornam sagrados inacessíveis, pois se o conhecimento deles fosse obtido a partir de uma fonte independente, poderiam ser provados como qualquer outro, mas o conhecimento obtido pela violação do próprio Estado não poderia ser utilizado pela forma proposta.

A posição final da Suprema Corte dos Estados Unidos da América foi a de que os direitos de uma empresa contra a busca e apreensão ilegal devem ser protegidos, ainda que o mesmo resultado pudesse ter sido obtido de forma legal. Não pôde, pois, o material apreendido ser utilizado, haja vista derivado de elementos de prova contaminados e firmou-se, portanto, a partir desse julgamento paradigmático a doutrina dos frutos da árvore envenenada no direito norte-americano.

1.5.2. As exceções da prova ilícita por derivação (exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada)

Diante da análise da teoria dos frutos da árvore envenenada, percebemos que existe um encadeamento de causas e consequências com efeito de estender os vícios que afetam os primeiros elementos contaminados pela ilicitude às suas derivações, portanto, as mesmas consequências dos primeiros são aplicadas a estas últimas.

Carlos Fidalgo Gallardo aponta que a Corte Suprema dos Estados Unidos tem elaborado, partindo da vigência dos princípios gerais sobre a exclusão das provas derivadas das ilegais, uma série de critérios com base na cadeia lógica de causa e consequência pode se entender fraca ou insuficiente sólida como para não justificar a exclusão com base na teoria dos frutos da árvore envenenada¹⁵⁹.

Ainda complementa Carlos Fidalgo Gallardo afirmando que a questão é discernir se, partindo da certeza da ilegalidade originária, as provas formalmente derivadas tenham sido obtidas mediante a exploração de tal atuação ilícita ou mediante meios suficientemente independentes como para que a ilicitude primeira não afete as provas derivadas¹⁶⁰.

¹⁵⁹ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas* cit., p. 437.

¹⁶⁰ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas* cit., pp. 437-438.

Surgem, desta feita, os critérios para determinar as denominadas *exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada* ou *exceções às provas ilícitas por derivação*. Deve-se, por isso, analisar mediante aplicações da lógica interna a natureza relacional dessa doutrina, ou seja, a relação de causa e consequência, pois a ausência dessa relação, ou a ausência dessa relação suficientemente forte, implica a não procedência da aplicação da teoria da contaminação, uma vez que seus pressupostos não estão preenchidos.

As *exceções às provas ilícitas por derivação* são: a doutrina da fonte independente (*independent source doctrine*); a doutrina da conexão atenuada (*attenuated connection doctrine*); a doutrina da descoberta inevitável (*inevitable discovery doctrine*).

Na definição do Dicionário “Black Law”, *independent source doctrine* é uma regra concebida como uma exceção à doutrina dos “frutos da árvore envenenada” na qual o elemento de prova obtido por meio ilegal pode, contudo, ser admitido no processo se esse elemento de prova for obtido por meios legais não relacionados à conduta ilegal original¹⁶¹.

A exceção da fonte independente, nos termos de Carlos Fidalgo Gallardo, é aplicável quando as provas que se pretende excluir por se considerar derivadas de uma violação a direitos anterior, derivam em realidade de uma fonte independente na qual a atuação policial tenha estado sujeita a todos os requisitos legais, não procederá, dessa forma, a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada¹⁶².

Por outro lado, segundo Alejandro Carrio, esta exceção não requer a efetiva aquisição por um meio independente, senão tão somente a possibilidade de que ele houvesse ocorrido no caso concreto¹⁶³. Essa visão é uma posição mais ampliativa, porém não deve ser adotada, apenas serve como comparação.

Na exceção da fonte independente fica evidente que não se trata de uma exceção propriamente dita, pois se refere a circunstâncias as quais o elemento de prova não é de fato um fruto de uma árvore envenenada, mas sim um fruto de uma árvore perfeitamente sã. Serve, portanto, para ser invocada nos casos em que o elemento de prova em questão tenha sido obtido com base em duas fontes, dentro das quais uma estava viciada e a outra não.

A exceção da conexão atenuada ocorre nos casos em que houve determinada violação normativa e dela derivações em atos posteriores, mas a propagação do vício foi

¹⁶¹ BLACK, Henry Campbell. *Black's Law* cit., p. 839.

¹⁶² FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas* cit., p. 438.

¹⁶³ CARRIO, Alejandro D., *Garantias constitucionales* cit., p. 175.

atenuado, diluído ou eliminado por falta de imediação entre os últimos atos e o original que se obteve de forma ilegal.

O Dicionário “Black Law” define a *attenuated connection doctrine* como regra concebida de exceção à doutrina dos “frutos da árvore envenenada” na qual o elemento de prova obtido por meio ilegal pode, contudo, ser admitido no processo se a conexão entre o elemento de prova e a ilegalidade está suficientemente atenuada ou remota¹⁶⁴.

De acordo com Maximiliano Hairabedián, a exclusão dos frutos probatórios não é necessária se a relação entre a ilegalidade e o elemento de prova atualmente questionado é tal que o veneno da ilicitude foi atenuado no momento que o outro elemento de prova foi obtido. Pareceria, dessa forma, que o veneno se dilui ou se reduz a doses inócuas nos ramos mais distantes, evitando a intoxicação dos frutos localizados nestas¹⁶⁵.

A dúvida surge no sentido de se saber qual é o limite de precedência para que determinado elemento de prova seja considerado “atenuado”? Para isso, importantes requisitos devem ser preenchidos, conforme abaixo explanado.

Maximiliano Hairabedián afirma que se deve observar o seguinte: a) *secuencia de tempo*: um prolongado lapso temporal entre a ilegalidade primária e o elemento de prova questionado por último (as provas derivadas); b) *circunstâncias interferentes*: a quantidade e a natureza dos fatores lícitos intervenientes entre a ilicitude original e a última do elemento de prova devem ser levadas em consideração para a procedência da limitação da regra de exclusão pela dissipação do veneno da ilegalidade; c) *magnitude da inconduta funcional*: o propósito e a intensidade da primeira ilegalidade é relevante para levar em consideração a “dose do veneno” que pode transmitir ao elemento de prova seguinte. Isto é medido em função da utilidade da exclusão para dissuadir a má conduta policial; e d) *escolha voluntária*: ocorre quando a cadeia de fatos involucra uma decisão voluntária de alguém para cooperar com a investigação, como nas buscas e apreensões ilegais¹⁶⁶.

Por fim, a exceção da descoberta inevitável, que também é conhecida como fonte independente hipotética (*hypothetical independent source*), ocorre com a comprovação de que os materiais probatórios obtidos de forma derivada acabariam sendo descobertos inevitavelmente por meios lícitos, pelo padrão da preponderância das provas.

¹⁶⁴ BLACK, Henry Campbell. *Black's Law* cit., pp. 146-147.

¹⁶⁵ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba* cit., pp. 85-86.

¹⁶⁶ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba* cit., pp. 87-88. Nesse mesmo sentido Carlos Fidalgo Gallardo (FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas* cit., pp. 441-442).

Nos termos do Dicionário “Black Law”, *inevitable discovery doctrine* é uma regra concebida como uma exceção à doutrina dos “frutos da árvore envenenada” na qual o elemento de prova obtido por meio ilegal pode, contudo, ser admitido no processo se a persecução puder demonstrar que o elemento de prova teria sido obtido legalmente de qualquer maneira¹⁶⁷.

Em outras palavras, conforme Maximiliano Hairbedián, a exceção da descoberta inevitável se aplica quando a atividade ilícita (ex: invasão domiciliar sem ordem) e suas consequências (ex: sequestro de narcóticos) teriam sido descobertas por outros meios no futuro, inevitavelmente se tivessem apresentado, prescindindo da atuação contrária ao direito (ex: a pessoa que presenciou a entrada da droga no domicílio estava disposta a denunciar). Deve-se haver necessariamente a hipótese factível¹⁶⁸.

Sendo assim, entendidos os conceitos das exceções às provas ilícitas por derivação, passemos aos *cases* que deram sua origem na jurisprudência estadunidense.

1.5.2.1. Caso Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939)¹⁶⁹ e as exceções da prova ilícita por derivação: nexu atenuado (*attenuated connection doctrine*) e fonte independente (*independent source doctrine*)

Tratou-se de um segundo julgamento no qual se discutiu como controvérsia principal se o juiz estava ou não correto em não aceitar revisão de prova por pedido do próprio acusado, uma vez que, no primeiro julgamento, houve condenação do réu com base nos elementos de prova colhidos mediante violação do artigo 605 do Ato de Comunicações de 1934, mas tal julgamento foi revogado pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Nesse segundo julgamento, o acusado interpôs recurso para questionar a ilicitude do elemento de prova, mas foi negado. O ponto dessa discussão estava na aplicação da norma do artigo 605, isto é, se somente se proíbe como elemento de prova as conversações telefônicas interceptadas, ou seja, as transcritas textualmente e aberta à possibilidade de utilização da informação obtida por meio delas como elementos de prova derivados e lícitos, ou não.

¹⁶⁷ BLACK, Henry Campbell. *Black's Law* cit., p. 846.

¹⁶⁸ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba* cit., p. 73,

¹⁶⁹ Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/> [Acesso em 05/03/2014]; e <http://laws.findlaw.com/us/308/338.html> [Acesso em 05/03/2014].

Em julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos, afirmou-se que se está analisando uma proibição específica de métodos de obtenção probatória. O sustentando em instância inferior foi reduzir o alcance do artigo 605 à exclusão das palavras exatas escutadas por meio das interceptações proibidas, permitindo qualquer uso derivado dessas interceptações.

Segundo a Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento em instância inferior houve a revogação da condenação porque fundada em elementos de prova com base em violações dos dispositivos do artigo 605 do Ato de Comunicações de 1934, portanto, consistiram em elementos de prova obtidos por meio da interceptação de mensagens telefônicas, logo uma parte vital probatória em juízo.

Diante disso, têm-se dois interesses opostos que devem ser harmonizados: de um lado, a severa compulsão da lei criminal; de outro, a proteção da privacidade protegido pela Constituição e as leis, mas capaz de intervenção seja através do fervor ou da intenção. E acomodando ambos os interesses, deve-se interpretar o significado ao qual o Congresso havia legislado, ainda que por meio de uma linguagem não explícita.

A análise dada foi relativa à proibição específica de métodos particulares de obtenção de elementos de prova, cuja argumentação sustentada em instâncias inferiores era de redução do alcance do artigo 605 à exclusão das palavras exatas escutadas por meio das interceptações telefônicas ilegais, permitindo qualquer uso derivado dessas interceptações que possa servir.

A Suprema Corte citou o caso *Silverthorne v. U.S.* (1920) e, nos mesmos moldes, os fatos impropriamente obtidos não se tornam sagrados e inacessíveis. Se o conhecimento deles se obtém por meio de uma fonte independente, podem ser comprovados como quaisquer outros, mas o conhecimento obtido por violação cometida pelo próprio Governo não pode ser usado por ele, simplesmente porque se estaria usando derivadamente.

Além disso, a Suprema Corte deixou claro que os argumentos sofisticados podem provar um nexo causal entre a informação obtida por meio da interceptação telefônica ilegal e os elementos probatórios do Governo. Conforme o sentido correto, contudo, tal conexão pode se mostrar tão atenuada que dissipa a mácula.

Dessa forma, o ônus recai ao acusado na primeira instância de provar, à satisfação da Suprema Corte dos Estados Unidos, que as interceptações telefônicas foram ilegalmente empregadas. Uma vez que foi estabelecida, como no caso, o juiz competente deve dar oportunidade ao acusado, embora seja esta muito estritamente reduzida, para provar que

uma porção substancial do caso seguido contra si foi um fruto da árvore envenenada. Isto oferece ampla oportunidade ao Governo para convencer a Suprema Corte dos Estados Unidos de que a prova teve uma origem independente.

Em outros termos, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que os elementos probatórios obtidos como consequência remota de uma atuação da Polícia, que teria violado direitos constitucionais, seriam, contudo, admissíveis se a conexão entre a ilegalidade primeira e a prova, cuja exclusão é exigida se tornasse tão atenuada que se teria dissipado o “veneno”.

1.5.2.2. Casos Bynum v. United States, 104 U.S. App. D.C. 368, 262 F.2d 465 (1958)¹⁷⁰ e Bynum v. United States, 107 U.S. App. D.C. 109, 274 F.2d 767 (1960)¹⁷¹ e a exceção da prova ilícita por derivação: fonte independente (*independent source doctrine*)

Cumprе ressaltar que o presente julgado não foi um dos casos tratados na Suprema Corte dos Estados Unidos, porém serviu de base para a formulação da teoria da “fonte independente” e foi amplamente citado em julgados da Corte Máxima estadunidense.

Tratou-se de um caso no qual o réu Clayborne Bynum compareceu voluntariamente a uma delegacia de polícia em busca de seu irmão e lá foi detido sem mandado de prisão sob a justificativa de provavelmente ter cometido um assalto.

Um dos procedimentos adotados pela autoridade policial foi a colheita de impressões digitais do suspeito após ter sido preso que, posteriormente, foram utilizadas como elementos de prova para relacionar o assalto com o material datiloscópico encontradas na cena do crime.

O juiz de primeira instância inseriu as impressões digitais ao processo entendendo serem elementos de prova claramente relevantes e com ausência de dúvida quanto à confiabilidade. Ainda, era o elo adequado para relacionar o acusado com o crime imputado.

Sendo assim, a questão pairou no âmbito da legalidade ou ilegalidade da prisão feita pela polícia com a posterior retirada das impressões digitais do réu e se deveriam ser excluídas do processo.

¹⁷⁰ Disponível em <http://openjurist.org/262/f2d/465/bynum-v-united-states> [Acesso em 05/03/2014].

¹⁷¹ Disponível em <http://openjurist.org/262/f2d/465/bynum-v-united-states> [Acesso em 05/03/2014].

O Tribunal de Apelação do Distrito de Colúmbia nesse caso Bynum contra Estados Unidos, 104 App EUA. DC 358, 262 F.2d 465, de 1958, entendeu que era motivo de exclusão. A fundamentação era não somente pela impossibilidade de uma imputação ser baseada em um elemento probatório produto de uma detenção ilegal, como também pela inviabilidade de algo ser retirado de uma pessoa com base na prisão ilegal e ainda ser admitido como autoincriminação, ainda que seja relevante e confiável como item probatório. Corroborou sua posição pela invocação da Constituição, especificamente, pelos ditames legais da Quarta Emenda que protege o indivíduo contra a apreensão ilegal.

Concluiu-se que as impressões digitais eram inadmissíveis, uma vez que decorrentes de prisão ilegal. O Tribunal de Apelação do Distrito de Colúmbia foi contundente e tomou duas posições: a primeira, que não havia elementos probatórios suficientes quanto à prisão para demonstrar sua legalidade; e a segunda, que a legalidade ou a ilegalidade da prisão não seria relevante para a admissibilidade das impressões digitais.

O Tribunal de Apelação do Distrito de Colúmbia se manifestou afirmando que a controvérsia, acerca das impressões digitais, poderia ter sido resolvida sem grande alarde se a Promotoria tivesse utilizado as impressões digitais, tomadas em momento apropriado de Bynum, que estavam na posse do Federal Bureau of Investigation (FBI) e comparadas com as da cena do crime.

Dessa forma, pela má-utilização desses elementos probatórios obtidos em dissonância com a Constituição Americana, especificamente em relação à Quarta Emenda, decidiu-se que o recorrente teria direito a um novo julgamento. Ainda, invocou a importância daqueles que administram o direito penal devem fazê-lo em concordância com a legalidade.

Após novo indiciamento e nova denúncia lastreados em impressões digitais do réu advindas de um arquivo do *Federal Bureau of Investigation* (FBI), não relacionado com a prisão ilegal, mas relacionando-o à cena do crime, o Tribunal de Apelação do Distrito de Colúmbia (Bynum v. United States, 107 U.S. App. D.C. 109, 274 F. 2d 767, de 1960) condenou Bynum sustentando que as tanto as impressões digitais da base de informações do FBI, quanto as da cena do crime eram pertencentes ao réu, comprovando a sua ligação com o assalto.

Sendo assim, esse julgado fortaleceu o conceito da fonte independente como uma exceção às provas ilícitas por derivação, pois permitiu que o réu fosse condenado com base

em elementos de prova advindos de fonte independente ao caso, mas que firmasse o liame entre o imputado e o crime.

A doutrina da fonte independente, portanto, permite a inclusão dos elementos de prova que tenham sido descobertos por meios totalmente independentes de qualquer violação constitucional.

1.5.2.3. Caso Wong v. United States, 371 U.S. 471 (1963) ¹⁷² e a exceção da prova ilícita por derivação: nexu atenuado (*attenuated connection doctrine*)

Tratou-se de um caso no qual, em juízo perante o Tribunal Federal Distrital sem jurados, os peticionários foram condenados por transporte fraudulento e ocultação de heroína importada ilegalmente com violação à legislação penal.

Embora o Tribunal de Apelação tenha sustentado que as prisões dos peticionários, sem autorização, tenham sido ilegais por não estarem baseadas em causas prováveis do significado da Quarta Emenda, tampouco fundamentada sob bases razoáveis nos ditames da Lei de Controle de Narcotráficos de 1956, confirmou suas condenações.

O fato ocorreu quando, às 2 horas da manhã de 4 de junho de 1959, agentes federais de narcotráficos de São Francisco, depois de terem vigiado Hom Way por seis semanas, prenderam-no e encontraram heroína sob sua posse. Hom Way, que não havia sido antes informante, declarou depois de preso que havia comprado uma onça¹⁷³ na noite anterior de um conhecido apelidado de “Blackie Toy”, proprietário de uma lavanderia na Rua Leavenworth.

Cerca das 6 da manhã, por volta de 7 agentes federais foram a uma lavanderia chamada “Lavanderia de Hoje” no número 1733 da Rua Leavenworth, cujo proprietário era James Wah Toy. Não havia, contudo, nada na investigação que identificasse James Wah Toy como “Blackie Toy”.

Os outros agentes federais se mantiveram fora de vista enquanto o agente Alton Wong, de ascendência chinesa, tocou a campainha. Quando James Toy apareceu e abriu a porta, o agente Wong disse que estava em busca de um local de lavagem a seco. James Toy

¹⁷² Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/> [Acesso em 05/03/2014]; e <http://laws.findlaw.com/us/371/471.html> [Acesso em 05/03/2014].

¹⁷³ unidade de peso

retrucou dizendo que somente abriria às 8 horas em ponto e para que o agente viesse nesse horário.

No momento em que James Toy iria fechar a porta, o agente Alton Wong mostrou seu distintivo e apresentou-se como um agente federal da narcóticos. James Toy fechou imediatamente a porta e saiu correndo rumo à porta dos fundos e os agentes arrombaram a porta e foram atrás do fugitivo. Após alcançá-lo, prenderam o suspeito segurando uma caixa sem nada dentro e os vestígios não revelaram ser narcóticos.

Um dos agentes disse a James Toy que Hom Way havia lhes informado sobre a venda de drogas. James Toy afirmou que não estava vendendo nenhum entorpecente, mas conhecia alguém que já havia comercializado, um indivíduo chamado de “Johnny” morador de uma casa na Décima Primeira Avenida. Descreveu não somente a casa, como também o local onde o suspeito havia guardado uma peça de heroína, pois havia fumado na noite anterior.

Os agentes federais partiram no mesmo instante para o local mencionado e adentraram na casa, onde encontraram Johnny Yee no dormitório. O suspeito, após intensa discussão com os policiais, trouxe uma caixa que continha por volta de uma onça de heroína e a entregou.

Assim, James Wah Toy e Johnny Yee foram conduzidos até a Delegacia Departamental de Narcóticos e lá, Johnny Yee declarou que a heroína foi trazida há cerca de quatro dias por James Toy e outro chinês conhecido somente como “Sea Dog”.

No interrogatório de James Wah Toy, houve a confissão de que “Sea Dog” seria na verdade Wong Sun, assim, alguns agentes, inclusive Alton Wong, levaram James Toy ao bairro de Wong Sun que apontou o cortiço onde viveria o suspeito. O agente Alton Wong tocou a campainha e foi atendido pela esposa de Wong Sun, que informou estar o procurado nos fundos da casa dormindo. Os agentes adentraram na residência e encontraram Wong Sun com outras mulheres, registraram a busca, mas sequer encontraram qualquer entorpecente. Houve o interrogatório de cada um dos três separadamente.

Foram quatro as possíveis objeções a serem vistas pela Suprema Corte: 1) as declarações emitidas oralmente pelo requerente James Toy em seu quarto no momento do arresto; 2) a heroína entregue aos agentes por Johnny Yee; 3) a declaração não firmada, anterior ao juízo, do requerente James Toy; e 4) a declaração similar do requerente Wong Sun.

O Tribunal de Apelações havia sustentado que os arrestos de ambos requerentes foram ilegais por não estarem fundados em causa provável, nos termos da Quarta Emenda, nem sob bases razoáveis, nos termos da Ata de Controle de Narcóticos de 1956. Quanto à James Toy, nada demonstra nesse caso que o agente conhecia Hom Way como alguém em quem confiar, ainda, nenhuma circunstância em relação às premissas de James Toy proporcionaram suficiente justificação para sua prisão sem alguma ordem. E quanto à prisão de Wong Sun, a Corte se manifestou no sentido de que nada demonstrou que Johnny Yee era um informante confiável.

Ainda que a Corte de Apelações tivesse alegado isso, sustentou que os quatro itens de prova não configuraram frutos das prisões ilegais, portanto, admitidos como elementos de prova. Em uma sustentação, afirmou que o Ministério Público argumentou no sentido de que as declarações de James Toy feitas aos agentes em seu quarto, ainda que consequente da invasão e ilegal, foram não obstante admissíveis porque resultaram de um ato independente que sobreveio de um livre querer.

Quanto a Wong Sun, graças a James Toy que se refere a Wong Sun houve a prisão deste, porém sem causa provável, nem bases razoáveis. Contudo, a confissão não assinada de Wong Sun não foi fruto dessa prisão e foi, conseqüentemente, admitida corretamente em juízo, pois ele havia sido deixado em liberdade sob sua própria responsabilidade e, dias depois, voltou para fazer a declaração, portanto, a conexão da prisão e a declaração foi tão atenuada que dissipou a mácula.

Ainda, o fato de não estar a declaração assinada não a faz inadmissível, apenas influi no seu valor. Igualmente Wong Sun nunca havia sugerido alguma impropriedade na interrogação a ponto de se exigir a exclusão desse elemento de prova. A sua espontânea confissão, portanto, dissipou a mácula.

Ademais, de acordo com a lei de narcóticos estadunidense, o encontro de heroína levanta a presunção de que alguém – geralmente o possuidor – violou a lei. A esse respeito, uma vez que a somente a posse é provada, os outros elementos do ilícito – transporte e ocultação e a importação ilegal da droga – não necessitam ser separadamente demonstrados, muito menos corroborados. Por essa razão, a Suprema Corte entendeu que Wong Sun estaria habilitado a novo julgamento.

1.5.2.4. Caso Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984)¹⁷⁴ e a exceção da prova ilícita por derivação: descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*)

Tratou-se de um caso no qual, após o desaparecimento de uma menina de 10 anos (Pamela Powers) na cidade de Des Moines, em Iowa, o suspeito (Williams) se entregou à polícia e foi preso em Davenport. No trajeto de volta para Des Moines, os oficiais da polícia iniciaram um pesado interrogatório que culminou na sua autoincriminação pela informação do paradeiro do corpo da criança morta.

Ao mesmo tempo, uma busca sistemática em toda área estava sendo conduzida com a ajuda de ao menos 200 voluntários e havia sido iniciada antes mesmo do suspeito ter confessado às autoridades policiais o local onde o cadáver estava enterrado.

Após o primeiro julgamento no qual Williams foi indiciado por homicídio, a defesa impetrou um *habeas corpus* com objetivo de demonstrar que o interrogatório feito resultou na autoincriminação do acusado, portanto, violou a Sexta Emenda da Constituição, haja vista feito sem a presença de um advogado, portanto, os elementos de prova foram obtidos de forma ilegal e o julgamento anulado.

Em um segundo julgamento, entendeu o Tribunal que as instruções obtidas com a confissão não poderiam ter sido obtidas em um segundo momento, pois o elemento de prova da localização do corpo seria admissível com a teoria cuja qual teria sido descoberto mesmo se as declarações incriminatórias não tivessem sido provocadas.

Concluiu o Órgão Julgador que o Estado (Ministério Público) havia comprovado que se a busca tivesse continuado, o corpo teria sido descoberto dentro de um curto período de tempo ainda que se soubesse o real paradeiro por via da confissão, portanto, condenou o acusado.

A Suprema Corte dos Estados Unidos fez algumas considerações e algumas merecem destaque: a primeira delas foi a justificativa de que estendeu a regra de exclusão, muito embora condenasse a conduta policial ilegal e visasse impedir a polícia de violações de proteções constitucionais e legais, mas não poderia aceitar o alto custo social de que culpados ficassem impunes.

Nesse sentido, segundo a Suprema Corte dos Estados Unidos, a doutrina da fonte independente não poderia ser aplicada, pois exige que a admissão de elementos de prova

¹⁷⁴ Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/> [Acesso em 05/03/2014]; e <http://laws.findlaw.com/us/467/431.html> [Acesso em 05/03/2014].

seja relativa aos meios de prova totalmente independentes de qualquer violação constitucional, mas no presente caso, houve a conduta ilegal da polícia.

Por essa razão, perfeitamente cabível a adoção da exceção da descoberta final ou inevitável para a regra de exclusão por derivação, uma vez que a acusação pôde estabelecer a preponderância da informação de que, em última análise, teria sido descoberta por meios legais (busca do corpo pelos voluntários), portanto, justifica a admissão do meio de prova.

Outra consideração é relativa à questão da violação da Sexta Emenda, que exige o direito à assistência de um advogado, mas foi afastado, pois embora a norma constitucional vise a proteção do indivíduo para um julgamento justo, a exclusão do elemento de prova obtido com violação foi, em tese, descartado. Isso pelo motivo de se ter admitido que o cadáver teria sido inevitavelmente descoberto, logo em nada afetaria a integralidade ou imparcialidade do julgamento criminal.

Por fim, merece destaque a reiteração constante da Suprema Corte dos Estados Unidos no sentido de deixar nítido que o grupo de busca inevitavelmente teria descoberto o corpo da vítima, sua localização já era muito próxima em relação à confissão.

Sendo assim, os elementos de prova referentes à descoberta do corpo da vítima foram devidamente admitidos no julgamento do acusado sob o fundamento de que a descoberta seria inevitável mesmo se havido uma violação constitucional anterior, não se aplicando a teoria da fonte independente.

1.5.2.5. Caso Murray v. United States, 487 U.S. 533 (1988)¹⁷⁵ e a exceção da prova ilícita por derivação: fonte independente (*independent source doctrine*)

Nesse caso, a polícia vigiou Murray e outros suspeitos de atividades ilícitas. Perceberam grande movimentação de veículos em um armazém e após a saída de todos desse local, os agentes federais resolveram adentrar, onde encontraram grande quantidade de maconha. Todos os agentes se retiraram do local e requereram uma ordem de busca e apreensão judicialmente válida alegando simples suspeitas, sem qualquer menção da entrada anterior.

Na posse do mandado, entraram e apreenderam as drogas. A Suprema Corte entendeu que a prova era válida, pois ainda que os policiais não tivessem realizado a

¹⁷⁵ Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/> [Acesso em 05/03/2014]; e <http://laws.findlaw.com/us/487/533.html> [Acesso em 05/03/2014].

primeira violação, de qualquer modo seria obtido o mandado a justificar a segunda entrada legal, apenas com base nos indícios iniciais.

A atitude suspeita apenas fora confirmada pelos atos anteriores, por exemplo, em 06 de abril de 1983, às 01h45 da manhã, os agentes observaram Murray dirigir um caminhão até um armazém no sul de Boston. Ficou por lá uns 20 minutos e saiu. Nesse armazém, os agentes avistaram dois indivíduos e um recipiente longo e escuro. Posteriormente, com a apreensão do caminhão, foi constatado que era utilizado para o transporte de maconha dentro desses recipientes.

A Suprema Corte alegou que a Quarta Emenda não exige a supressão de provas inicialmente descobertas durante a entrada ilegal dos policiais, já que seria comprovado pela descoberta momentos mais tarde por força de um mandado válido, independentemente da entrada inicial ilegal.

2. Europa

2.1. Espanha

A Constituição espanhola não versa sobre qualquer disposição acerca de exclusão de elementos de prova obtidos com violação legal. O Capítulo 2 que trata dos direitos e liberdades, em sua Seção 1ª, especifica os direitos fundamentais e as liberdades públicas e dispõe no artigo 24 que: 1. Todas as pessoas têm o direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa se produzir ausência de defesa. 2. Ainda assim, todos têm direito ao juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência de advogado (letrado), a ser informado da acusação formulada contra si, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa, a não declarar contra si mesmo, a não se confessar culpado e à presunção de inocência. (...) ¹⁷⁶.

¹⁷⁶ “**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”.

A mencionada Carta espanhola não cita qualquer dispositivo sobre alguma regra probatória. A inserção da “regra de exclusão” no ordenamento espanhol ocorreu somente após a paradigmática sentença proferida pela Segunda Turma do Tribunal Constitucional, do julgado STC 114/1984¹⁷⁷ de 29 de novembro¹⁷⁸, na qual os juízes fundamentaram com base em preceitos doutrinários e jurisprudenciais estadunidenses.

O julgado STC 114/1984 foi um caso no processo trabalhista de exoneração de um funcionário público no qual este havia extorquido seu superior e almejado um cargo maior para si com a condição de não divulgar informações comprometedoras. A prova da extorsão, que ensejou a exoneração, foi uma gravação ambiental sub-reptícia realizada pela vítima. Em sede de recurso de amparo, o Tribunal Constitucional afirmou que o direito a um processo com todas as garantias, previsto no art. 24 da Constituição, vedava a utilização no processo de provas obtidas em violação ao direito fundamental da privacidade.

O Tribunal Constitucional, no “Fundamento Jurídico 2” da STC 114/1984, decidiu que o direito da não recepção de elementos de prova com possível origem antijurídica pode existir alguns casos, mas não em virtude de um direito constitucional fundamental que possa considerar-se originariamente afetado, mas como expressão de uma garantia objetiva e implícita no sistema dos direitos fundamentais, cuja vigência e posição preferente no ordenamento pode requerer a desconsideração de toda prova obtida com lesão dos mesmos.

Segundo Carlos Fidalgo Gallardo, por falta de fundamentos de maior solidez, o Tribunal Constitucional buscou a jurisprudência estadunidense como fonte estrangeira para aplicação da “regra de exclusão” com base na alegação de que existia no ordenamento espanhol a regra probatória de forma objetiva e implícita pelo sistema de direitos fundamentais¹⁷⁹. Era a interpretação de que seria condição inviolável a impossibilidade de admitir no processo um elemento de prova infringindo um direito fundamental ou uma liberdade fundamental¹⁸⁰.

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/constitucion/Paginas/ConstitucionIngles.aspx> [Acesso em 05/03/2014]

¹⁷⁷ STC 114/1984 significa Sentença do Tribunal Constitucional nº 114 do ano de 1984.

¹⁷⁸ Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/367> [Acesso em 05/03/2014].

¹⁷⁹ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas* cit., pp. 26-28.

¹⁸⁰ Interpretação do artigo 10.1 da Constituição espanhola.

“**De los derechos y deberes fundamentales - Artículo 10** - 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la

A partir desse julgado, conforme Marina Gascón Abellán, firmou-se o entendimento de que a inclusão de um elemento de prova colhido de forma ilícita corresponderia a uma violação do direito ao processo com todas as garantias e igualdade entre as partes. E também significou a configuração da “regra de exclusão” no direito espanhol como uma garantia constitucional de natureza processual acolhida no direito ao processo com todas as garantias¹⁸¹.

A repercussão do julgado STC 114/1984 foi tamanha que culminou na promulgação do artigo 11.1 da Lei Orgânica do Poder Judiciário (*Ley Orgánica del Poder Judicial – LOPJ*). O mencionado artigo dispõe que: 1. Em todo tipo de procedimento serão respeitadas as regras da boa-fé. Não surtirão efeitos as provas obtidas, direta ou indiretamente, violando os direitos ou liberdades fundamentais (...) ¹⁸².

A interpretação do: “não surtirão efeitos” ¹⁸³, de acordo com Carlos Fidalgo Gallardo, é a impossibilidade de se ter o material probatório valorado se estiver eivado de ilicitude se admitido no processo, ou a própria inadmissibilidade desses elementos ilícitos no curso processual¹⁸⁴.

De acordo com Manuel Miranda Estrampes, o artigo 11.1, da LOPJ, não faz distinção da natureza da norma jurídica infringida, estabelece um caráter amplo da ineficácia do elemento de prova obtido com violação aos direitos fundamentais. Para qualquer caso ocorre a vedação de valoração do elemento de prova¹⁸⁵.

A interpretação do termo: “obtidas”, de acordo com Manuel Miranda Estrampes, tem o âmbito de aplicação amplo, portanto, incide não somente aos casos de violações aos

Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12666-consolidado.pdf> [Acesso em 05/03/2014]

¹⁸¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Freedom of proof?*. In. *Estudios sobre la prueba*. Jordi Ferrer Beltrán; Marina Gascón Abellán; Daniel González Lagier; Michele Taruffo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 63-64.

¹⁸² “**Artículo 11 - 1.** En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. 2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. 3. Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes”. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12666-consolidado.pdf> [Acesso em 05/03/2014]

¹⁸³ Há doutrinadores que remetem o termo “não surtir efeito” do artigo 11.1. da LOPJ ao termo de origem italiana “inutilizabilidade”, conforme já apresentado no Capítulo 1. Segue esse entendimento do conceito de “inutilizabilidade” ao direito espanhol Manuel Miranda Estrampes (MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto cit.*, p. 66).

¹⁸⁴ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas cit.*, pp. 32-34.

¹⁸⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto cit.*, p. 66.

direitos fundamentais ocorridas durante a investigação preliminar¹⁸⁶, ou seja, no transcorrer da busca e reconhecimento de fontes de prova, como também nos casos de incorporação e/ou produção do elemento de prova no processo por meio de algum meio de prova legalmente estabelecido¹⁸⁷.

Nessa linha, Carlos Fidalgo Gallardo afirma que o termo se refere à obtenção de materiais probatórios fora do processo que tão logo se pretende incorporar ao processo para que a informação neles contidos seja extraída mediante a produção dos meios de prova, de modo que o julgador possa valorar em que medida essa informação verifica as afirmações do fato que sustentam a pretensão da tutela jurídica ou sanção penal¹⁸⁸.

A interpretação do termo: “direta ou indiretamente”, segundo Carlos Fidalgo Gallardo, faz referência expressa ao que na Espanha se denomina efeito reflexo das proibições probatórias que está atrelada à noção da doutrina dos “frutos da árvore envenenada” (*fruit of the poisonous tree doctrine*) dos Estados Unidos da América. É a exigência de se evitar qualquer efeito no processo dos materiais probatórios ou das informações que tenham sido obtidos de modo irregular, igualmente, os dados advindos dessa irregularidade primária deverão ser inadmitidos¹⁸⁹. Estabelece-se a necessidade do nexo causal entre a ilicitude originária e a contaminação de todo produto dela resultante, portanto, firma-se a exclusão de todo material contaminado.

Por fim, a interpretação do termo: “violando os direitos ou liberdades fundamentais”, segundo Carlos Fidalgo Gallardo, se refere a todos os direitos fundamentais declarados na Carta Magna espanhola, ou seja, faz-se uma leitura ampliada do âmbito de aplicação do artigo 11.1 da LOPJ¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Contudo, existe uma parte de doutrina que defende a nulidade para os casos em que houver violação aos direitos fundamentais no momento de admissão dos elementos de prova ou na produção desses elementos no processo, no sentido do artigo 238.3º (**De la nulidad de los actos judiciales - Artículo 238** - Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 1.º Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional. 2.º Cuando se realicen bajo violencia o intimidación. 3.º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. 4.º Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva. 5.º Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial. 6.º En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan”).

¹⁸⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto* cit., pp. 64-66.

¹⁸⁸ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas* cit., p. 35.

¹⁸⁹ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas* cit., pp. 35-36. Nesse mesmo sentido Manuel Miranda Estrampes (MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto* cit., pp. 108-111).

¹⁹⁰ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas* cit., pp. 37-39.

Cabe mencionar outro julgado que uniu os conceitos expostos na STC 114/1984 com o dispositivo legal do artigo 11.1. da LOPJ, o STC 85/1994¹⁹¹. Tratou-se de uma condenação de dois réus por um delito à saúde pública por tráfico de drogas com acusação pautada em gravações telefônicas obtidas mediante sucessivas prorrogações de interceptação telefônica não autorizadas judicialmente.

O Tribunal Constitucional em seu “Fundamento Jurídico 4” decidiu que uma vez estabelecida que a interceptação telefônica dos réus durante o período de 5 de agosto a 17 de novembro de 1987, vulnerou-se o direito ao sigilo das comunicações. Dessa forma, o órgão julgador concluiu que todo elemento probatório obtido com base nas conversações não devem ser objeto de valoração probatória, uma vez que não é possível admitir no processo um elemento de prova obtido mediante violação de direito fundamental¹⁹².

Sendo assim, a após o julgado STC 114/1984 e a promulgação do artigo 11.1 da LOPJ, o Tribunal Constitucional Espanhol firmou o seu entendimento no tocante às regras probatórias com a aceitação da “regra de exclusão” de origem estadunidense. E a partir desse ponto, podemos analisar como foram aplicadas as exceções à “regra de exclusão” adaptadas pela doutrina e jurisprudência espanholas para seus julgados.

2.1.1. A teoria da “conexão de antijuridicidade” do Tribunal Constitucional espanhol

O Tribunal Constitucional espanhol criou a teoria da “conexão de antijuridicidade” para que as exceções à “regra de exclusão” das provas ilícitas da doutrina estadunidense fossem justificadamente aplicadas.

¹⁹¹

Disponível

em:

http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/2602#complete_resolucion&completa [05/03/2014]

¹⁹² “4. Una vez establecido que la intervención del teléfono de los recurrentes durante el período de tiempo comprendido entre el 5 de agosto y el 17 de noviembre de 1987 vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el art. 18.3 C.E., hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.)”. Disponível em: http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/2602#complete_resolucion&completa [Acesso em 05/03/2014]

De acordo com Marina Gascón Abellán, a “conexão de antijuridicidade” foi uma construção do Tribunal Constitucional espanhol mediante a qual se pretendeu explicar quando devem ou não ser excluídas do processo os elementos de prova obtidos originariamente de uma lesão a um direito fundamental. Esta tese parte do pressuposto de que nem todo elemento de prova obtido a partir da lesão de um direito deve ser considerado ilícito e consequentemente excluído, mas sim, em determinadas circunstâncias¹⁹³.

Marina Gascón Abellán afirma que o julgamento consagrador dessa teoria espanhola foi o STC 81/1998 e trouxe a noção de que quando houver a violação de direitos fundamentais e a partir dela obtenção de elementos de prova, estes não serão admissíveis em nenhuma hipótese, sobretudo se existir, além dessa relação de causalidade, uma conexão de antijuridicidade entre a lesão e os elementos de prova. Em outras palavras, a “conexão de antijuridicidade” é o que justifica a aplicação da “regra de exclusão”. Ao passo que, quando não houver “conexão de antijuridicidade” entre a lesão ao direito e o elemento de prova, este poderá ser incorporado ao processo. Assim, a ausência de “conexão de antijuridicidade” é o que justifica não aplicar (ou excepcionar) a “regra de exclusão”¹⁹⁴.

A desconexão causal serviu para diferenciar a noção de provas derivadas que estão vinculadas à prova ilícita, das provas independentes que não guardam conexão causal com a prova originária ilícita.

O julgado STC 81/1998¹⁹⁵ era referente à condenação de Don Juan Salvador Domínguez Durán que teve sua intimidade violada por interceptação telefônica ilegal que culminou na descoberta do crime de tráfico de drogas.

O Tribunal Constitucional afirmou que a valoração dos elementos de prova obtidos com violação a direitos fundamentais implica certa ignorância das garantias próprias do processo e um processo longe de ser justo. Dessa forma, um dos princípios violados que merece destaque é o da presunção de inocência, como regra de juízo, no sentido de que o acusado tem o direito de não sofrer uma condenação a menos que a culpabilidade tenha sido estabelecida além da dúvida razoável, em virtude de provas que são colhidas com respeito a todas as garantias. É o direito de não ser condenado injustamente a menos que a condenação seja baseada em provas válidas.

¹⁹³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Freedom* cit., p. 68.

¹⁹⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Freedom* cit., p. 69.

¹⁹⁵ Disponível em: hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/3583 [Acesso em 05/03/2014].

Tecidas essas considerações, o Tribunal Constitucional adentra no tema problemático do elemento de prova obtido ter sido derivado da vulneração originária de outro elemento de prova a direito fundamental (sigilo das comunicações).

O órgão julgador se deparou em uma bifurcação: de um lado, afirma-se que os direitos fundamentais não são ilimitados nem absolutos e, em casos excepcionais, tem-se admitido que embora alguns elementos de prova sejam derivados de outros obtidos mediante violação a direitos fundamentais, seriam juridicamente independentes e aptos para superar a presunção de inocência, logo utilizáveis.

De outro lado, tem-se a regra geral na qual as provas reflexas são proibidas por lei e não podem ser valoradas, a menos que haja alguma hipótese permitindo excepcioná-las. Assim, a proibição de valoração não somente atinge as provas ilícitas como também se estende às provas derivadas, que estejam vinculadas às violadoras de um direito fundamental substancial de modo direto, ou seja, deverá estabelecer um nexo entre umas e outras que permita afirmar que a ilicitude constitucional das primeiras se estende às posteriores.

Prossegue o Tribunal Constitucional explicando que, para determinar se a “conexão de antijuridicidade” existe ou não, necessita-se analisar primeiramente a essência e as características de violação do direito fundamental materializadas na prova originária e o seu resultado com o fim de determinar se, do ponto de vista interno, sua inconstitucionalidade se transmite ou não ao elemento de prova obtido por derivação ao originário. E, do ponto de vista externo, as necessidades essenciais de tutela que a realidade e efetividade do direito ao segredo das comunicações exige¹⁹⁶. São perspectivas complementares, pois somente se a prova reflexa for juridicamente alheia à vulneração do direito e a proibição de valoração não vem exigida pelas necessidades essenciais de tutela do mesmo, caberá entender que sua efetiva apreciação é constitucionalmente legítima, ao não incidir negativamente sobre nenhum dos aspectos que configuram o conteúdo do direito fundamental substantivo.

Dessa forma, segundo o Tribunal Constitucional, dada à observação no tratamento do acusado como objeto de investigação, às suspeitas que recaíram sobre ele e à irrelevância

¹⁹⁶ Segundo Marina Gascón Abellán, para não existir a “conexão de antijuridicidade”, a perspectiva interna significa que é necessária que a prova reflexa ou derivada ou indireta seja juridicamente alheia (ou independente de) à vulneração do direito, o que terá lugar quando o conhecimento obtido mediante a lesão originária do direito não resulte indispensável e determinante para a prática da segunda prova, ou seja, quando a prova derivada puder ser obtida normalmente por meios independentes da lesão ao direito. E na perspectiva externa, que não seja muito necessária uma contundente proteção do direito fundamental afetado pela ilicitude (GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Freedom* cit., p. 70).

dos dados obtidos por meio da interceptação telefônica, o conhecimento derivado da ingerência do direito fundamental contrariando a Constituição não foi indispensável nem determinante para apreensão da droga, uma vez que esta também seria obtida razoavelmente, sem qualquer violação a direitos.

Nesses termos, o Tribunal Constitucional afirmou que, de acordo com essa perspectiva adotada, rompe-se o nexo entre a prova originária e a derivada, pois se trata de um “juízo de experiência” acerca do grau de conexão que determina a pertinência ou impertinência do elemento de prova em discussão. Sendo assim, a prova reflexa produzida no caso não vulnera o direito a um processo com todas as suas garantias.

Por tais razões, a Corte Máxima espanhola julgou que não houve qualquer violação ao direito ao processo com todas as garantias, conforme o Tribunal inferior havia entendido com a exclusão de valoração as conversações. Desta feita, decidiu pela condenação com base nos elementos de prova obtidos, uma vez que respeitou os direitos fundamentais e não violou a presunção de inocência.

Nesses termos, o Tribunal Constitucional firmou o entendimento da teoria da “conexão da antijuridicidade” na qual, segundo Marina Gascón Abellán, condiciona a admissão de provas ilícitas indiretas se houver a independência jurídica entre a lesão do direito e a prova derivada, além da inexistência de necessidades relevantes de tutela do direito lesado, ou seja, supondo a independência jurídica, deve-se examinar a concreta lesão ao direito fundamental para se saber se a excepcional admissão da prova ilícita não afetará demasiadamente a seu conteúdo essencial e a sua necessidade de tutela¹⁹⁷.

Sendo assim, os critérios da “conexão de antijuridicidade” ou da independência jurídica que a partir do julgado STC 81/1998 passaram a nortear os demais casos julgados deviam ser analisados sob duas perspectivas: a externa e a interna.

Pela perspectiva interna, há recepção da teoria da “descoberta inevitável” ou a “exceção da prova ilícita por derivação da descoberta inevitável”, pois, de acordo com o Tribunal Constitucional, o conhecimento derivado da ingerência do direito fundamental contrariando a Constituição não foi indispensável nem determinante por si só para a apreensão da droga, uma vez que tal apreensão também seria obtida sem a vulneração desse direito.

¹⁹⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Freedom* cit., p. 71.

De acordo com José António Díaz Cabiale e Ricardo Martín Morales, a independência jurídica ocorreu porque inevitavelmente se teria alcançado o mesmo resultado sem a lesão do direito fundamental¹⁹⁸.

Pela perspectiva externa, não se deve unicamente aceitar a obtenção inevitável do elemento de prova, mas também analisar a possível lesão ao direito fundamental, haja vista que, no caso em tela, o Tribunal Constitucional ponderou afirmando que a lesão não foi tão grave como a falta de autorização judicial, principalmente quando ocorre a reiteração de mesmos termos em juízo. É a correspondência da teoria do “vício diluído” ou da “exceção da prova ilícita por derivação do nexos causal atenuado” ao entender que o vício original se dissipa no tempo.

De uma forma concisa, José António Díaz Cabiale e Ricardo Martín Morales definem a teoria da “conexão de antijuridicidade” com a seguinte análise: os direitos fundamentais não são absolutos e as situações em que as provas que derivam da lesão de um direito fundamental possam ser admitidas devem ser excepcionais. Além disso, a razão dessas exceções é a independência jurídica do elemento de prova em relação à lesão ao direito fundamental. Tal independência consiste em comprovar a relação entre a lesão do direito fundamental e a prova, sob o ponto da perspectiva interna, com as necessidades essenciais de tutela das lesões futuras do direito fundamental substantivo, sob a perspectiva externa¹⁹⁹.

Por tais razões, o Tribunal Constitucional a partir do julgado STC 81/1998, segundo José António Díaz Cabiale e Ricardo Martín Morales, passou a enfrentar juízos de experiência que exige a revisão dos julgamentos quando tratem de provas reflexas da seguinte forma: 1) análise da lesão do direito fundamental que origina a ilicitude probatória; 2) o nexos entre a prova ilícita e essa lesão; e 3) determinação se a prova poderia ter sido obtida por outros meios, assim como os aspectos que cercam a “conexão de antijuridicidade”²⁰⁰.

O julgado STC 81/1999 foi paradigmático pela adaptação do Tribunal Constitucional espanhol à teoria estadunidense a partir da criação da teoria da “conexão da antijuridicidade”. Isso permitiu que houvesse aplicação das exceções das provas ilícitas por derivação em outras situações, conforme os casos a seguir.

¹⁹⁸ DÍAZ CABIALE, José; MARTÍN MORALES, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid: Civitas, 2001, p. 118.

¹⁹⁹ DÍAZ CABIALE, José; MARTÍN MORALES, Ricardo. *La garantía* cit., p. 111.

²⁰⁰ DÍAZ CABIALE, José; MARTÍN MORALES, Ricardo. *La garantía* cit., p. 122.

2.1.2. As exceções às provas ilícitas por derivação

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. O julgado STC 81/1998 foi o marco que definiu a incorporação das exceções estadunidenses à regra de exclusão.

Nesses termos, quanto às exceções aqui tratadas, especialmente a “exceção da prova ilícita por derivação da fonte independente”, a doutrina e a jurisprudência espanhola têm interpretado como uma prova lícita pelo fato de não se derivar de ilicitude alguma.

Segundo José António Díaz Cabiale e Ricardo Martín Morales, ao tratar dessa exceção, afirmam que a teoria da “fonte independente” existe e se a prova que se apresenta não é consequência de uma lesão a direito fundamental, qual impedimento haveria para sua admissão? Se é possível estabelecer uma forma objetiva dessa falta de conexão, não haveria que objetar tal posicionamento²⁰¹.

Sendo assim, as exceções às provas ilícitas por derivação de fato encontradas nas jurisprudências espanholas são “exceção da prova ilícita por derivação do nexos causal atenuado” e “exceção da prova ilícita por derivação da descoberta inevitável”, que serão tratadas abaixo com base nos julgados paradigma do Tribunal Constitucional.

2.1.2.1. A exceção à “regra de exclusão” do nexos causal atenuado – STC 86/1995 e STC 161/1999

No julgado STC 86/1995²⁰², houve a condenação de Alberto Vera Alba e Francisco José Martínez Vera pelo crime contra saúde pública (tráfico de drogas). Alegaram os réus que a denúncia teria sido embasada mediante a inclusão de elementos de prova colhidos ilegalmente como interceptações telefônicas obtidas sem mandado judicial, portanto requereram em todas as suas manifestações declaração de nulidade dos elementos de prova ilicitamente obtidos, bem como anulação das decisões judiciais impugnadas. Ainda que tivessem sido condenados nas instâncias inferiores, houve o reconhecimento da flagrante

²⁰¹ DÍAZ CABIALE, José; MARTÍN MORALES, Ricardo. *La garantía* cit., p. 88.

²⁰² Disponível em: hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/2940 [Acesso em 05/03/2014].

violação de normas constitucionais na captação das conversas telefônicas de maneira ilegal.

O Ministério Público impugnou as alegações dos réus afirmando que a ilicitude derivada pela captação das conversas telefônicas, realizada sem autorização judicial, não transcende outros elementos de prova utilizados para estabelecer a culpabilidade dos agentes. Além disso, um dos réus foi encontrado portando a droga impedindo que a ilicitude inicial (captação telefônica ilegal) se estenda aos demais elementos de prova e invalide todo o conjunto probatório.

O Tribunal Constitucional afirmou que as garantias processuais do artigo 24 da Carta Espanhola²⁰³ como da presunção de inocência culminam na proibição absoluta de valoração de elementos de prova obtidos mediante violação a direito fundamental, de tal modo que os meios de prova não podem valer, nem serem admitidos, se decorrentes de violação aos direitos fundamentais. O direito fundamental da presunção de inocência exige que o elemento de prova seja produzido por meios constitucionalmente legítimos.

De acordo com o entendimento do Tribunal Constitucional, o segredo das conversações telefônicas somente pode ser restringido mediante uma autorização judicial suficientemente motivada e a falta dela resulta em lesão ao direito constitucional, portanto, na proibição de valoração de qualquer elemento probatório que pretenda deduzir-se do conteúdo das conversações, qualquer prova derivada sempre que exista conexão causal entre ambos os resultados probatórios. E, no presente caso, não houve dúvida que as gravações foram os meios pelos quais se alcançaram os suspeitos para apreender a droga, encontrada em poder de um deles.

Por tais razões, segundo o Tribunal Constitucional, não existia dúvida de que no caso dos autos, a proibição probatória se estenderia não somente ao resultado da captação telefônica, mas também à ocupação da droga, por conseguinte, nenhum desses indícios deveriam ter sido considerados para estabelecer a culpabilidade dos réus.

Contudo, após análise de todo conjunto probatório, foi encontrado elemento de prova derivado não viciado pela ilegalidade original representado pela confissão do corréu

²⁰³ “**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”.

Francisco José Martínez Vera, que podendo abster-se em silêncio ou limitar-se a alegar seu desconhecimento dos objetos incriminatórios apreendidos em seu poder, reconheceu reiteradamente ter sido detido quando conduzia veículo de propriedade do corréu Alberto Vera Alba, onde levava 25 quilos de haxixe prensado em blocos, que transportava em favor do outro processado.

O Tribunal Constitucional elencou os requisitos para que fosse aceita uma confissão incriminatória: 1) devem ter sido feitas advertências legais com informação dos direitos e na presença de um advogado; 2) deve-se ter em conta a proximidade temporal entre a confissão e apreensão ilegal, pois é evidente que a voluntariedade da confissão se encontra comprometida quando o confesso não tivera sido advertido que poderia negar-se a declarar ou autoincriminar-se. Na situação em tela, a confissão do coimputado Francisco José Martínez Vera foi considerada válida.

Por fim, o Tribunal Constitucional entendeu que tais declarações efetuadas, em um sentido claramente incriminatório, constituem um meio racional e legítimo de prova, cuja apreciação dos órgãos judiciais em absoluto não vulnera os direitos dos réus da presunção de inocência, portanto, a sentença condenatória deve permanecer.

No julgado STC 161/1999²⁰⁴, o réu Francisco Vásquez Rosa foi condenado por delito contra a saúde pública (tráfico de drogas). O acusado foi apreendido em 6 de novembro de 1991 com a posse de cocaína e heroína em sua residência, bem como a posse de material para separação, pesagem (dinamômetro de precisão) e embalagem das drogas, após notícias de que comercializada tais entorpecentes.

Na defesa do acusado, alegou-se a necessidade de declaração de nulidade judicial da invasão e busca e apreensão do conjunto probatório e todas as consequências probatórias dessas violações derivadas. Além disso, foram apontadas lesões a direitos fundamentais tais como condenação baseada em uma busca e apreensão constitucionalmente ilícita e a não realização de novo julgamento, não informação da acusação e exercício do direito ao processo com todas as garantias a ele inerente, e violação à presunção de inocência.

A condenação estava pautada na posse do material entorpecente corroborado pelos testemunhos dos agentes policiais que participaram da apreensão. Ainda que tivessem adentrado no domicílio do indiciado sem autorização judicial.

O Tribunal Constitucional se posicionou contra qualquer condenação baseada em ilicitude constitucional do ato de investigação produzido em fase de instrução processual,

²⁰⁴ Disponível em: hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/3903 [Acesso em 05/03/2014]

pois a consequência jurídica é a exclusão probatória haja vista lesão a direito fundamental, no caso em tela, da inviolabilidade domiciliar.

Contudo, afirmou o Tribunal Constitucional que embora a descoberta da droga tenha sido consequência de um ato ilícito, não se supõe que a droga não foi achada, nem que sobre a descoberta não se possa propor provas sob afirmação de que a descoberta não tivesse ocorrido. Isso porque a droga existiu, foi achada, apreendida e analisada, logo a pretensão acusatória podia fundar-se em um relato fático que parta de sua existência. Precisamente, o juízo sobre se a presunção de inocência foi violada ou não consiste em determinar se o relato fático está ou não condizente com elementos de prova constitucionalmente admissíveis.

Nesse sentido, afirmou o Tribunal Constitucional que o imputado foi chamado em juízo como qualidade de acusado com conhecimento concreto e exato da situação fática sustentada pelo Ministério Público. A violação do direito fundamental teria ocorrido se, em juízo, tivessem sido valorados os elementos de prova materializadas direta e imediatamente da lesão ao direito fundamental, ou as que tivessem sido adquiridas a partir do conhecimento derivado de outra que lesionaram diretamente um direito fundamental, mantendo com estas a “conexão de antijuridicidade” inaugurada pelo julgado STC 81/1998.

Ainda, segundo o Tribunal Constitucional, em instância superior, as alegações da defesa quanto à ilicitude da invasão do domicílio foram acolhidas e declarado tal ato inválido extraindo-se, inclusive, a prova testemunhal como derivada da invasão. Assim, o que se apreende dos fatos e acontecimentos é o acusado, consciente de suas manifestações e depois de ter impugnado a busca e apreensão por violação a direito fundamental, resolvendo por espontânea vontade admitir a posse da droga e sem qualquer pressão. Não teve qualquer indução por algum erro do órgão judicial, talvez erro até mesmo de sua estratégia defensiva.

De acordo com o Tribunal Constitucional, a declaração do acusado no reconhecimento de ser proprietário da droga e demais efeitos encontrados na apreensão não resulta, em si mesma, contrária ao direito da inviolabilidade de domicílio, nem ao direito ao processo com todas as garantias. A descoberta da droga e demais efeitos não seriam resultado da busca e apreensão ilegal, pois a declaração do acusado admitindo parcialmente os fatos da pretensão acusatória é uma prova juridicamente independente do ato lesivo da inviolabilidade do domicílio.

Esse ponto defendido pelo Tribunal Constitucional é corroborado pelo fato do acusado ter reconhecido o direito de não autoincriminação e de não se confessar culpado. Sua declaração foi realizada mediante assistência de advogado, sobretudo foi espontânea e voluntária, demonstrando estes últimos fatores desconexão causal com o ato ilícito inicial. A separação entre o ato ilícito e a voluntária declaração por decisão do acusado atenuou as necessidades de tutela do direito fundamental material que justificaria a exclusão probatória, já que a admissão voluntária dos fatos não pode ser considerada um aproveitamento da lesão do direito fundamental.

Por tais razões, as instâncias inferiores agiram corretamente na condenação do réu ao separar o ato lesivo à inviolabilidade do domicílio das declarações espontâneas e voluntárias do acusado. Não houve qualquer infringência dos limites jurisdicionais, pois se superou qualquer dúvida razoável com a declaração de culpabilidade do agente baseada nos elementos de prova obtidos com arrimo em todas as garantias.

2.1.2.2. A exceção à “regra de exclusão” da descoberta inevitável ou do descobrimento independente – STC 238/1999²⁰⁵

No julgado STC 238/1999²⁰⁶, o réu Juan José Ramírez Ruiz foi condenado pelo crime contra a saúde pública (tráfico de drogas). O caso ocorreu em 23 de abril de 1991, quando a Guarda Civil de Almería, após montar um ponto de fiscalização, interceptou um taxi conduzido por Antônio José García ocupado por Juan José Ramírez Ruiz e por Esteban Lacalle Díaz. No momento do registro do veículo pela Guarda Civil, uma bolsa de plástico negro foi avistada aos pés do passageiro Juan.

Quando os agentes policiais abriram a bolsa de plástico, encontraram cinco pacotes embalando uma substância, cujo conteúdo após análise apontou ser cocaína. Juan José

²⁰⁵ Segundo José António Díaz Cabiale e Ricardo Martín Morales, a tese da “descoberta inevitável” havia sido utilizada pelo Tribunal inferior em diversos julgados (STS 298/1994, STS 2054/1994, STS 725/1995, STS 4999/1997) os quais definiram uma linha para ser aplicada: 1) não haveria contaminação das provas restantes se fosse possível estabelecer uma desconexão causal entre as que fundam a condenação e as ilicitamente obtidas; 2) que essa desconexão sempre existiu na jurisprudência norte-americana como “descoberta inevitável” (DÍAZ CABIALE, José; MARTÍN MORALES, Ricardo. *La garantía* cit., pp. 90-91).

²⁰⁶

Disponível

em:

http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/3980#complete_resolucion&completa. [Acesso em 05/03/2014]

Ramírez Ruiz foi apreendido, o taxista e o outro ocupante foram liberados por entenderem não estar participando do tráfico.

Após processo criminal baseado em interceptação telefônica juntada aos Autos em 06 de fevereiro de 1993, na qual um dos investigados era Juan José Ramírez Ruiz, passou-se a discutir que tal meio de obtenção prova havia infringido direito fundamental haja vista não estar devidamente fundamentada capaz de permitir-se tal restrição. A autorização judicial havia sido concedida em 18 de março de 1991 com objetivo único buscar a fonte das drogas vindas de Madri e transportadas por várias pessoas.

O Ministério Público defendeu a tese de acusação dando ênfase na descoberta do tráfico de drogas com independência da prova declarada ilícita, uma vez que toda investigação havia sido feita de forma paralela ou independente com base nas doutrinas da “fonte independente” e da “descoberta inevitável”, sendo esta última a razão de se estar diante de elementos de provas lícitos.

O Tribunal Constitucional afirmou que as interceptações telefônicas foram de fato ilícitas, portanto, violaram direitos fundamentais e a exclusão de tais elementos de prova é correta, igualmente, a destruição de fitas e transcrições das conversações. Dessa forma, a questão central foi identificar se os órgãos judiciais embasaram a culpabilidade do réu com elementos de prova independentes da interceptação telefônica ou não.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional afirmou que o critério para determinar quando as provas reflexas são constitucionalmente legítimas e podem ser valoradas pelos órgãos judiciais é a da inexistência de “conexão de antijuridicidade” em relação ao elemento de prova que violou o direito fundamental substantivo.

De acordo com o Tribunal Constitucional, ainda que existira a violação constitucional que autorizou as interceptações telefônicas por falta de motivação a partir de análise dos fatos, as investigações policiais se dirigiram a uma terceira pessoa totalmente fora dos Autos. Além disso, a gravação das conversas apenas possibilitou desvendar uma possível data que a droga iria chegar de Madri e o nome do hotel onde o indivíduo (suposto traficante) se hospedaria.

Dessa forma, entendeu o Tribunal Constitucional que, com esses poucos dados, as escutas telefônicas não foram indispensáveis nem determinantes para a prisão do acusado, mas sim a investigação paralela que teve fundamental papel para se alcançar o veículo onde se encontraria o investigado portando a droga. Posto isso, no presente caso, o órgão máximo julgador definiu que houve de forma razoada e não arbitrária o prosseguimento

dos atos, concluindo que a valoração da prova derivada não vulnerou qualquer das garantias constitucionais.

O Tribunal Constitucional, por fim, afirmou que não houve razões para duvidar que, em juízo, foram produzidos elementos de prova obtidos lícitamente. Os fatos da apreensão da droga no taxi onde viajava o réu, a declaração dos agentes da Guarda Civil que entrevistaram e participaram na vigilância e perseguiram o suspeito, que quando apreendido confessou ser o proprietário da droga, mostraram-se totalmente desconectados das investigações realizadas por meio das interceptações telefônicas, portanto, Juan José Ramírez Ruiz teve sua condenação mantida.

2.2. Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Primeiramente, há que se fazer menção a outros órgãos presentes na União Europeia que não se confundem com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos como o Tribunal de Justiça da União Europeia, que tem sede em Luxemburgo e garante o respeito pelo direito comunitário com decisões sobre a interpretação e a aplicação dos Tratados que instituem a União Europeia. Não se confunde também com o Tribunal Internacional de Justiça que é um órgão judicial das Nações Unidas com sede em Haia.

Dessa forma, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo, no Palácio dos Direitos do Homem, foi constituído em 1959 e recebeu a competência internacional para se pronunciar sobre queixas individuais ou estaduais que aleguem violações dos direitos civis e políticos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e desde 1998, o Tribunal reúne-se de forma permanente e permite que qualquer pessoa possa recorrer diretamente ao órgão²⁰⁷.

A Carta a qual o Tribunal está incumbido de proteger é a Convenção Europeia de Direitos Humanos que é um tratado internacional ao abrigo do qual os Estados Membros do Conselho da Europa garantem os direitos fundamentais, civis e políticos não apenas aos seus próprios cidadãos, mas também a qualquer indivíduo sob sua jurisdição.

São algumas proteções elencadas na Convenção Europeia de Direitos Humanos: o direito à vida, o direito a um processo equitativo, o direito ao respeito pela vida privada e

²⁰⁷Disponível

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/The+Court/Introduction/Information+documents/> [Acesso em 05/03/2014].

em:

[Acesso em

familiar, a liberdade de expressão, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, o direito à proteção da propriedade. São, por outro lado, proibições do mesmo texto legal: a tortura e penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, a escravatura e o trabalho forçado, a pena de morte, a detenção arbitrária e ilegal, a discriminação no gozo dos direitos e liberdades reconhecidas pela Convenção.

Sendo assim, qualquer violação a tais direitos protegidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos ou cometimento de alguma proibição, pode o cidadão europeu ou o indivíduo submetido à jurisdição europeia invocar o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como foi o caso *Caso Gäfgen v. Alemanha*, abaixo explanado.

2.2.1. Caso *Gäfgen v. Alemanha*, nº 22978/05

O Caso relativo às exceções das provas ilícitas por derivação que merece destaque é o julgado no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o *Caso Gäfgen v. Alemanha*, nº 22978/05²⁰⁸. Tratou-se da utilização da “teoria da no nexo causal atenuado”, ou seja, se o nexo de causalidade entre o elemento de prova ilícito originário e o dele derivado for ténue ou inexistente, o segundo poderá ser utilizado.

O reclamante Magnus Gäfgen recorreu à Corte Europeia de Direito Humanos, com base no exercício do direito de petição do artigo 34²⁰⁹ da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em junho de 2005. Alegou que o tratamento ao qual foi submetido durante seu interrogatório policial acerca do garoto “J.”, em outubro de 2002, constituiu tortura proibida pelo artigo 3º²¹⁰ da Convenção Europeia de Direitos Humanos, portanto, foi vítima de tal violação.

Alegou Magnus Gäfgen, ainda, que teria direito a um julgamento justo garantido pelo 6º²¹¹ da mesma Convenção, conhecido como o direito de ser defendido efetivamente e

²⁰⁸ Disponível em: http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage_Fr/ [Acesso em 05/03/2014]

²⁰⁹ “ARTIGO 34 - Petições individuais - O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem - se a não criar qualquer entrave ao exercício efetivo desse direito”.

²¹⁰ “ARTIGO 3º - Proibição da tortura - Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

²¹¹ “ARTIGO 6º - Direito a um processo equitativo - 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a

direito da não autoincriminação, que foram as consequentes violações após a ocorrência da tortura.

Os fatos do caso estão embasados no sequestro e morte do jovem “J.”, à época com 11 anos, filho de uma família de banqueiros em Frankfurt, Alemanha. Magnus Gäfgen conheceu “J.” por intermédio da irmã do menino.

Magnus Gäfgen atraiu o garoto até seu flat em Frankfurt com o argumento de que sua irmã havia esquecido a jaqueta no local. Então, ele matou “J.” sufocando-o e atirou o cadáver em um rio.

Posteriormente, o reclamante exigiu o pagamento de um milhão de euros aos pais de “J.” alegando de tê-lo sequestrado. Recebida a quantia, em 30 de setembro de 2002, Magnus Gäfgen tentou fugir do país, porém foi apreendido no aeroporto de Frankfurt e examinado pelo médico do aeroporto devido às lesões, após, foi encaminhado à Delegacia.

O detido foi informado pelo delegado M. que era suspeito de ter sequestrado “J.” e foi instruído acerca dos seus direitos, inclusive o de permanecer calado. O delegado questionou sobre o menino, sobre a metade do dinheiro do sequestro estar escondido no flat e sobre algumas anotações dos planos do crime. Magnus Gäfgen declarou existir outros dois sequestradores F.R. e M.R. que teriam escondido J. próximo ao um lago.

Na manhã de 01 de outubro de 2002, antes do Delegado M. chegar ao trabalho, Sr. Daschner (D.), Delegado Geral da Polícia de Frankfurt, ordenou a outro oficial, o Sr. Ennigkeit (E.), para que aplicasse considerável dor física, se necessária, a fim de sujeitar o Magnus Gäfgen ao esclarecimento do paradeiro do menino.

De acordo com Magnus Gäfgen, foi submetido a dores consideráveis nas mãos de uma pessoa especialmente treinada para isso a fim de descobrir o paradeiro de “J.”. Foram feitas diversas ameaças a Magnus Gäfgen e o oficial golpeou em seu peito e o jogou contra a parede por diversas.

totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo”.

Após dez minutos, por medo das ameaças, o reclamante revelou o paradeiro de “J.”, inclusive que o menino estava morto. Concordou também em conduzir a polícia até Birstein, onde havia deixado o corpo.

Chegando em Birstein, toda a busca fora filmada até a localização do corpo. O reclamante afirmou que foi obrigado a caminhar sem sapatos pela floresta e sob ordens dos policiais apontou o exato local escondido.

No interrogatório conduzido pelo delegado M., o reclamante confessou que havia sequestrado e matado “J.” e a autópsia no cadáver feita em 02 de outubro de 2002 confirmou que “J.” havia sido morto por sufocação.

Em 04 de outubro de 2002, o relatório médico policial, confirmado por outro em 07 de outubro de 2002, certificou que o reclamante havia uma hematoma abaixo de sua clavícula esquerda (7,0 cm x 5,0 cm), lesões de pele e crostas de sangue no seu braço esquerdo, suas pernas e na planta dos pés, duas hematomas na região esquerda do peito de 5cm x 4cm de diâmetro.

Por tais razões, em janeiro de 2003, o Ministério Público de Frankfurt abriu investigação criminal contra o Delegado Geral da Polícia (D.) e o oficial E. com base das alegações do reclamante.

Já em fase de julgamento no Tribunal Regional de Frankfurt am Main (Alemanha), a confissão de Magnus Gäfgen feita em interrogatório fora excluída do conjunto probatório, porém os elementos de prova advindos da confissão, ou seja, o paradeiro de “J.”, foram admitidos em juízo.

O Tribunal Regional de Frankfurt am Main (Alemanha) invocou as seguintes legislações para corroborar a inadmissibilidade: artigos 1º, §1º²¹² e 104, §1º²¹³ ambos da Lei Básica; artigo 136a²¹⁴ do Código de Processo Penal.

No segundo dia de julgamento na Alemanha, Magnus Gäfgen teve conhecimento de que embora as confissões realizadas em interrogatório não pudessem ser incluídas no

²¹² “Art. 1º, §1º - A dignidade humana deve ser inviolável. Respeitá-la e protegê-la deve ser o dever da autoridade estatal”.

²¹³ “Art. 104, §1º - Pessoas presas não devem ser submetidos a mental ou a físico tratamento degradantes”.

²¹⁴ O artigo 134a trata da proibição de determinados métodos de interrogatório: 1) A liberdade do acusado para tomar decisões e manifestar sua vontade não deve ser prejudicada por maus-tratos, fadiga induzida, interferência física, administração de drogas, tortura ou hipnose. Coerção somente pode ser utilizada na medida em que é permitida pela lei de processo criminal. Ameaçado o acusado por medidas que não são permitidas nos termos da lei processual penal ou aguardando determinada vantagem não é contemplado por lei, são proibidos. 2) As medidas que prejudicam a memória do acusado ou a capacidade de compreender e aceitar determinada situação não são permitidas. 3) A proibição das subseções 1 e 2 é aplicável mesmo que o acusado tenha consentido (com a medida). Confissões obtidas com base em violação destas proibições não podem ser utilizadas como elementos de prova, mesmo se o acusado tenha concordado com sua utilização”.

processo, os elementos de prova resultantes dessa confissão seriam admitidos, mesmo configurando “frutos da árvore envenenada”. Nesse mesmo julgamento, Magnus Gäfgen confessou parcialmente o crime ao testemunhar.

Posteriormente, em fase final do julgamento, Magnus Gäfgen confessou o cometimento do crime em sua completude, igualmente o sentimento de arrependimento. Por fim, o Tribunal Regional de Frankfurt am Main (Alemanha) condenou o acusado pelos crimes de homicídio e extorsão mediante sequestro.

No âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a decisão se absteve na análise dos dois elementos apresentados: a violação do artigo 3º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos; e se o direito a um justo julgamento havia sido violado, nos termos do artigo 6º da mesma Convenção.

Foi dada importância aos artigos 1º²¹⁵, 15²¹⁶ e 16²¹⁷, da *Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1984²¹⁸.

No tocante ao artigo 3º da Convenção, a Corte entendeu que o oficial de polícia agiu a mando do Delegado Chefe da Polícia de Frankfurt, ameaçando o reclamante, consequentemente submetendo-o a dor intolerável a fim de revelar o paradeiro de “J.”. A Corte, dessa forma, considerou que as ameaças imediatas e deliberadamente de maus-tratos

²¹⁵ “Artigo 1 - 1. Para os fins desta Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas.

2. Este artigo não prejudicará qualquer instrumento internacional ou lei nacional que contenha ou possa conter disposições de maior alcance”.

²¹⁶ “Artigo 15 - Cada Estado Parte assegurará que nenhuma declaração comprovadamente obtida sob tortura possa ser admitida como prova em qualquer processo, exceto contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que tal declaração foi dada”.

²¹⁷ “Artigo 16 - 1. Cada Estado Parte comprometer-se-á a impedir, em qualquer parte do território sob a sua jurisdição, outros atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, que não equivalam a tortura, tal como definida no artigo 1º, quando tais atos forem cometidos por um funcionário público ou por outra pessoa no exercício de atribuições públicas, ou ainda por sua instigação ou com o seu consentimento ou aquiescência. Aplicar-se-ão, em particular, as obrigações contidas nos artigos 10, 11, 12 e 13, substituindo-se as referências à tortura por referências a outras formas de tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

2. As disposições desta Convenção não prejudicarão qualquer outro instrumento internacional ou lei nacional que proíba os tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes ou que digam respeito à extradição ou expulsão”.

²¹⁸ No Brasil, a Convenção foi incorporada pela legislação pátria por meio do Decreto 6.085, de 19 de abril de 2007, que promulgou o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2002.

causaram pavor físico-mental considerável. Além disso, de acordo com o Tribunal Regional de Frankfurt am Main (Alemanha), o chefe de polícia ordenou em várias ocasiões o uso da força contra o reclamante, logo sua ordem não poderia ser considerada como um ato espontâneo, mas calculada e deliberada.

A Corte entendeu que os policiais haviam sido motivados pela tentativa de salvar a vida de uma criança. No entanto, a proibição de maus-tratos aplicada independentemente da conduta da vítima ou na motivação das autoridades não permite exceção, mesmo quando houver uma vida em risco.

A Corte, igualmente, considerou que, no presente caso, as ameaças para fins de extração de informações dele foram suficientemente graves para ser qualificado como tratamento desumano no âmbito do artigo 3º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Assim, tendo em vista a jurisprudência e as opiniões de outros órgãos de direitos humanos internacionais de monitoramento, verificou-se que o reclamante não fora submetido a um nível de crueldade suficiente para se atingir o limiar de tortura.

A Corte ficou convencida de que houve inequivocadamente violação do artigo 3º da Convenção no momento do interrogatório. Observou, entretanto, que embora os oficiais tenham sido condenados culpados pela coerção, suas penas foram muito modestas, pois foram condenados apenas a suspensão e a pena de multa. Houve séries de circunstâncias mitigadas sob o argumento de que se buscava salvar a vida de “J.”.

Por fim, por 11 votos a 6, a Corte concluiu que o reclamante ainda poderia reivindicar ser vítima de uma violação do artigo 3º, da Convenção, portanto, que a Alemanha havia violado o mencionado dispositivo.

No tocante ao artigo 6º da Convenção, como a Corte havia estabelecido em sua jurisprudência o uso de elementos de prova colhidos com violação ao artigo 3º da Convenção, isso levantou uma série de questões acerca da equidade do processo criminal. Dever-se-ia, portanto, determinar se o processo contra o reclamante como um todo fora injusto pela utilização desses elementos.

A Corte considerou a efetiva proteção do indivíduos, quando investigados, em face da violação do artigo 3º da Convenção, portanto, como regra, haveria que se excluir do julgamento tais elementos colhidos com violação a esse ditame legal. Ainda, deve-se considerar, igualmente, se a imparcialidade do julgamento foi afetada nesses elementos de prova indevidamente colhidos, ou seja, se tiveram impacto na condenação do acusado ou na sentença.

Contudo, na presente situação, a confissão do reclamante era nova no julgamento, ainda mais pelo fato do acusado ter sido informado de que todas as declarações anteriores não poderiam ser utilizados como elementos probatórios contra ele, logo a sentença estaria embasada em elementos válidos.

Quanto à questão da possível violação do artigo 3º da Convenção, questionou-se se o procedimento de investigação teve influência sobre a confissão do reclamante durante o julgamento. A Corte entendeu que o reclamante fez suas confissões em julgamento livre de qualquer pressão, ou ameaças proferidas contra ele pela polícia.

A Corte entendeu, inclusive, que não haveria razão para assumir que o reclamante não teria confessado se a Corte houvesse decidido pela exclusão do conjunto probatório em discussão.

À luz dessas considerações, a Corte decidiu que, nas circunstâncias particulares do caso, ainda que o Tribunal Regional de Frankfurt am Main (Alemanha) não tivesse excluído no momento oportuno o conjunto probatório extraído mediante tratamento desumano, não houve qualquer influência sobre a convicção do reclamante e a sentença. Como os seus direitos de defesa tinham sido respeitados, o julgamento como um todo teve que ser considerado justo.

A Corte, dessa forma, decidiu por 11 votos a 6 que não houve violação ao artigo 6º da Convenção.

Sendo assim, o que se percebe é um ponto de convergência: a regra de causalidade estabelecida entre a conduta ilícita no momento da colheita dos elementos de prova e a inclusão/exclusão dos elementos de prova dela derivada.

Nesse sentido, tanto o Tribunal Regional de Frankfurt am Main, como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, se valeram em seus julgamentos da regra de exclusão aplicada pela doutrina e jurisprudência estadunidense, especialmente, quanto aos efeitos da teoria dos “frutos da árvore envenenada” quando se trata das exceções às provas ilícitas por derivação quanto ao “efeito à distância” ou “nexo atenuado”.

Dessa forma, os Tribunais buscaram a exclusão de elementos de prova ilícitos e retornaram a um *statu quo ante* no processo com a “nova” confissão do acusado revestida dos direitos e garantias a ele conferidos. Assim, deixava evidente que o artigo 3º da Convenção tinha plena força e deveria ser respeitado.

3. Argentina

A Argentina, país da América do Sul, possui governo representativo republicano federal e é dividida em províncias, cada qual, com base no sistema representativo e na Constituição Nacional, possui uma Constituição Provinciana (artigos 1º, 5º e 6º da Constituição Nacional Argentina²¹⁹).

A Constituição Nacional Argentina, de 22 de agosto de 1994, nada dispõe acerca de garantias constitucionais do tema probatório, contudo, podem-se citar alguns direitos e garantias materiais e processuais tratados na Carta como da propriedade, da presunção de inocência, da proibição de autoincriminação, de ser preso mediante ordem escrita de autoridade competente, entre outros²²⁰. Têm-se apenas princípios gerais que são detalhados nas Constituições Provincianas.

Por tais razões, incumbiram-se às províncias argentinas legislar sobre as matérias probatórias nas suas Constituições. É o caso da Constituição da Província de Córdoba, no tocante às provas, em seu artigo 41²²¹, dispõe que a prova é pública em todos os juízos,

²¹⁹ “**Artículo 1º**- La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

Artículo 5º- Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones, el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

Artículo 6º- El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o reestablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia”.

(Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>) [Acesso em 05/03/2014].

²²⁰ “**Artículo 17**- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

Artículo 18- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”

(Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>) [Acesso em 05/03/2014].

²²¹ “**PRUEBA - Artículo 41**.- La prueba es pública en todos los juicios, salvo los casos en que la publicidad afecte la moral o la seguridad pública. La resolución es motivada. No pueden servir en juicio las cartas y

salvo nos casos em que a publicidade afete a moral ou a segurança pública, devendo a decisão ser motivada.

Ainda no mesmo artigo, não podem servir em juízo as cartas e documentos particulares que tivessem sido subtraídos. E os atos que vulnerem garantias reconhecidas pela Constituição da Província de Córdoba carecerão de eficácia se estendendo a todas àquelas provas que, de acordo com as circunstâncias do caso, não puderem ser obtidas sem sua violação. Nos casos de dúvidas com as questões de fato, deve-se aplicar o mais favorável ao imputado.

Esse tema probatório é também tratado no Código de Processo Penal da Província de Córdoba, especificamente no artigo 194²²², que assume a adoção expressa da “regra de exclusão” e determina a ineficácia do conjunto probatório dos atos que vulnerem as garantias constitucionais. Haverá ineficácia se a todas àquelas provas que, de acordo com as circunstâncias do caso, não puderem ser obtidas sem sua violação.

Segundo Maximiliano Hairabedián, um dos primeiros casos julgado pela Suprema Corte da Argentina no qual houve a exclusão de uma prova ilicitamente obtida foi no “Charles Hnos” em 1891, mas esse conceito somente foi retomado e trabalhado anos mais tarde em 1981 e 1984, respectivamente, nos casos “Montenegro” e “Fiorentino”, marcos da adoção definitiva da “regra de exclusão”²²³ ainda que não expressa na Constituição Nacional da Argentina.

papeles privados que hubiesen sido sustraídos. Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella. En caso de duda sobre cuestiones de hecho, debe estarse a lo más favorable al imputado”. (Disponível em: http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/biblioteca/File/Contituciones/cp_cordoba.pdf) [Acesso em 05/03/2014]

²²² “Sección Primera - Reglas Generales (artículos 192 al 194)

Artículo 192 - Libertad Probatoria. Todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes.

Artículo 193 - Valoración. Las pruebas obtenidas durante el proceso serán valoradas con arreglo a la sana crítica racional.

Artículo 194 - Exclusiones Probatorias. Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneran garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella” (grifos à parte) (Disponível em: <http://www.tododeiure.com.ar/leyes/cordoba/8123.htm>) [Acesso em 05/03/2014].

²²³ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 2002, pp. 36-37.

3.1.1. A “regra de exclusão” e a teoria dos “frutos da árvore envenenada” na Argentina

A “regra de exclusão” de criação estadunidense foi não somente aplicada pela Suprema Corte Argentina, como também normatizada em alguns textos infraconstitucionais como na Constituição da Província de Córdoba. Assim, uma vez adotada em julgados pela Corte Máxima, serviu de paradigma a serem seguidos desde então.

Nos casos abaixo analisados, os elementos de prova fundantes para a acusação foram ilegalmente colhidos e, por essa razão, a Suprema Corte da Argentina aplicou a “regra de exclusão” extirpando o conjunto probatório do processo e revogou a condenação imposta em instâncias inferiores em proteção às garantias constitucionais.

Além disso, segundo Alejandro D. Carrió, ambos os julgados foram o ponto de partida para se adotar a teoria dos “frutos da árvore envenenada”, pois a Suprema Corte se valeu de expressões específicas tais como “resultado do delito” e “fruto do procedimento ilegal” direcionando a interpretação no sentido de que não se questionava apenas as provas vinculadas à ilegalidade inicial, mas também as delas resultantes que receberiam o mesmo tratamento²²⁴.

Acrescenta Alejandro D. Carrió que os tribunais inferiores passaram a adotar a “regra de exclusão” de forma ampla de modo a declarar igualmente inadmissíveis os elementos de prova não diretamente relacionados com a ilegalidade inicial. É a aplicação plena da “teoria da árvore dos frutos envenenados”²²⁵.

Sendo assim, merecem destaque os casos abaixo destrinchados.

3.1.1.1. A “regra de exclusão” e o caso “Luciano Bernardino Montenegro” de 1981²²⁶

Tratou-se de um caso no qual houve a prisão de Luciano Bernardino Montenegro e, em virtude de suas declarações e com os dados anteriormente obtidos, foi possível

²²⁴ CARRIO, Alejandro D., *Garantias constitucionales* cit., pp. 165-166.

²²⁵ CARRIO, Alejandro D., *Garantias constitucionales* cit., pp. 167-168

²²⁶ ZAPATA GARCÍA, María Francisca. *La prueba ilícita*. Chile: Lexis Nexis, 2004, pp. 144-145. Disponível em: <http://www.lanuevoderecho.com.ar/Recursos/Fallosa.htm> [Acesso em 05/03/2014].

esclarecer um ilícito que não se sabia ter ocorrido, qual seja, o roubo a um comércio de discos fonográficos comprovado pelo testemunho de uma senhora.

Após a notícia do possível crime, agentes invadiram o domicílio do acusado e constatou-se que ele havia guardado de fato parte do produto do roubo, tal como uma aliança de casamento declarada pela vítima. Além disso, também foi comprovado no processo que o réu havia sido torturado fisicamente, pelas lesões verificadas em exames médicos.

De acordo com exposto, a Suprema Corte Argentina definiu que o cerne da questão consistia em decidir acerca da validade da condenação baseada nos fatos considerados provados por meio de uma investigação lastreada na confissão extrajudicial obtida mediante tortura física a qual o acusado foi submetido.

A Suprema Corte Argentina interpretou que, nesse caso, a tortura foi decisiva para o deslinde da causa. Além disso, afirmou que, quando se trata de tortura, depara-se sempre com o conflito entre dois interesses fundamentais da sociedade, quais sejam, o interesse de uma rápida e eficiente execução da lei e o interesse de prevenir a supressão dos direitos dos indivíduos por métodos inconstitucionais de execução da lei. E deve ser resolvido pela proibição constitucional de obrigar alguém a declarar-se contra si mesmo, na mesma interpretação dos julgados estadunidenses.

Assim, a Suprema Corte Argentina decidiu que a aceitação dos juízes do mandamento constitucional de proibição não pode ser diminuída, igualmente não se pode permitir que os responsáveis pelas restrições (torturas) saiam impunes, pois permitir os resultados desses atos delituosos é embasá-los mediante uma sentença judicial, o que se mostra contraditório, haja vista a busca da boa administração da justiça em mesmo patamar que do fato ilícito. Por tais razões, o órgão julgador revogou a sentença condenatória e determinou um novo julgamento pela necessidade de excluir todo o conjunto probatório do processo.

3.1.1.2. A “regra de exclusão” e o caso “Diego Enrique Fiorentino” de 1984²²⁷

Diego Enrique Fiorentino foi preso por um grupo de agentes policiais quando ingressava com sua noiva no saguão do edifício onde morava com seus pais. No momento

²²⁷ ZAPATA GARCÍA, María Francisca. *La prueba* cit., pp. 145-150. Disponível em: <http://www.lanuevoderecho.com.ar/Recursos/Fallosa.htm> [Acesso em 05/03/2014].

da abordagem, foi interrogado e admitiu espontaneamente ser possuidor de entorpecentes (maconha) e guardar para consumo próprio em seu dormitório.

Somente após a entrada no domicílio que os agentes receberam autorização para o ato e vasculharam o dormitório de Diego Enrique Fiorentino encontrando cinco cigarrilhas, cinco “bitucas” de *cannabis sativa* e 38 sementes da mesma espécie de planta.

Em primeira instância, o acusado foi condenado como autor do delito pelo porte de substâncias entorpecentes, pois as alegações da defesa foram rechaçadas por se presumir a autorização dos pais do imputado ao ingresso na residência.

Em segunda instância, a Câmara Nacional de Apelações Criminais confirmou a condenação afirmando que o procedimento policial foi legítimo, pois os pais não se opuseram à entrada dos agentes da polícia e ficaram presentes durante os atos de colheita dos elementos de prova.

Na instância máxima, a Suprema Corte Argentina entendeu que houve violação à garantia de inviolabilidade do domicílio disposta no artigo 18 da Constituição Nacional da Argentina, que consagra um direito individual à privacidade do domicílio de todo habitante, cujo resguardo se determina pela garantia de sua inviolabilidade oponível a qualquer estranho, seja particular ou funcionário público.

Dessa forma, a Corte Máxima interpretou o ato como carecedor de efeitos pelas circunstâncias a que se prestou, pois Diego Enrique Fiorentino foi preso e interrogado coercitivamente por um grupo de policiais no momento de ingresso ao edifício onde morava. Além disso, resultou irrazoável, pois o imputado era jovem e sem antecedentes judiciais.

A respeito dos pais do acusado, segundo a Suprema Corte Argentina, a situação é ilógica ao ser apresentada pela acusação, uma vez que presumir o consentimento tácito pela ausência de oposição expressa à entrada dos agentes policiais, que já havia sido consumada pela entrada na residência, é obviamente comum. Não haveria como se esperar uma atitude de resistência se o ato já havia se consumado. Nesse caso, conclui-se que a invasão foi ilegal e estabeleceu-se a invalidade do ato.

O juiz Santiago Petracchi da Suprema Corte Argentina afirmou em seu voto que o fundamento último da inviolabilidade do domicílio é a garantir a liberdade pessoal. A eminente hierarquia do direito à inviolabilidade do domicílio deve ser combinada com o interesse social na averiguação dos delitos e ao exercício adequado do poder de polícia.

Prossegue o juiz Santiago Petracchi defendendo que existe uma íntima conexão entre a inviolabilidade do domicílio com a dignidade da pessoa e com o respeito à sua liberdade, por isso, impõe-se regulamentações e condições mais estritas que as demais garantias. Assim, não foi válido o ingresso dos agentes de polícia na residência do acusado sem ordem escrita de autoridade competente e sem se enquadrar nas situações excepcionais de emergências contempladas nas leis processuais.

Ademais, finaliza o juiz Santiago Petracchi, a legitimação para invadir a intimidade domiciliar exige o consentimento expresso e comprovadamente anterior à entrada dos representantes da autoridade pública na residência, não se deve usar a força ou a intimidação e a pessoa que aceita deve saber a possibilidade de negar a autorização da invasão.

Sendo assim, a Suprema Corte Argentina decidiu que não foi válido o ingresso dos agentes policiais na residência do imputado e, como consequência, os objetos apreendidos decorrentes dessa invasão não podiam ser admitidos como elementos probatórios da causa, por conseguinte, revogou a sentença apelada e absolveu o imputado pelo delito fundado na acusação.

3.1.2. As exceções à “regra de exclusão” ou às provas ilícitas por derivação

As exceções à “regra de exclusão” na Argentina foram inauguradas mediante a adequação da doutrina e jurisprudência estadunidense aos casos concretos analisados pela Suprema Corte Argentina. A Corte Máxima julgadora deu ênfase unicamente às exceções à “regra de exclusão” da fonte de independente e do nexos causal, deixando de ser aplicada ainda a da descoberta inevitável²²⁸.

As exceções à regra de exclusão da fonte independente e do nexos causal atenuado, no caso Reginald Ray Rayford, tiveram aplicação de forma indireta, uma vez que mencionadas e explanadas como seria possível a incriminação do acusado diante da situação abordada, ou seja, ou deveriam os elementos de prova serem obtidos de fonte independente, ou deveriam os elementos de prova receberem atenuação em relação à ilicitude inicial.

²²⁸ Segundo Maximiliano Hairabedián, é possível encontrar a aplicação da exceção à “regra de exclusão” da descoberta inevitável em casos nos Tribunais inferiores como ocorre no Tribunal da Província de Córdoba (HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba* cit., pp. 73-77).

Já no segundo caso, Roque Ruiz, há a evidente aplicação da exceção da prova ilícita por derivação da fonte independente e a consequente condenação do imputado com base nessa teoria demonstrando uma situação fática desconectada com a ilegalidade inicial, mas essencial para se alcançar o mesmo fim.

3.1.2.1. A exceção à prova ilícita por derivação da fonte independente e do nexos causal atenuado e o caso Reginald Rayford de 1986²²⁹

Tratou-se de um fato ocorrido em 04 de fevereiro de 1982, dia em que se constituiu uma comissão para investigar a atividade de um estrangeiro que estaria atuando no consumo e distribuição de maconha.

Por volta das 4h45, o estadunidense Reginald Ray Rayford, andando pelas ruas da Argentina a poucos metros de seu domicílio, foi abordado e preso em flagrante pelo consumo e porte de maconha. Em seu domicílio, foram apreendidos invólucros com o mencionado entorpecente.

Durante a ação policial, o preso entregou um cartão com o nome de Álvaro Baintrub, suposto fornecedor das drogas, os agentes policiais se dirigiram ao encontro de Álvaro Baintrub e o prenderam. Com base nas declarações deste, prenderam posteriormente Alejandro Loubet Sarrasin, ambos eram menores de idade.

Reginal Ray Rayford relatou em interrogatório que viajava constantemente ao país e casuisticamente conheceu Álvaro Baintrub, com quem passou a ter contato e a comprar maconha. Isso foi constatado pelo menor, que acrescentou ter a colaboração de Alejandro Loubet Sarrasin para indicação de um distribuidor de drogas.

Após condenação dos acusados em primeira instância, recorreram. Em segunda instância, os réus tiveram mantida a condenação pelo crime de tráfico de drogas. O recurso extraordinário interposto tinha como objeto principal a ilegalidade da atividade policial que gerou todo processo criminal.

A Suprema Corte Argentina se manifestou analisando a invasão do domicílio e observou que Reginald Ray Rayford estava andando em via pública, durante a madrugada, a poucos metros de seu domicílio, quando foi abordado pela comissão de investigação policial que entrou junto com o acusado em sua morada.

²²⁹ ZAPATA GARCÍA, María Francisca. *La prueba* cit., pp. 192-195. Disponível em: <http://www.lanuevoderecho.com.ar/Recursos/Fallosa.htm> [Acesso em 05/03/2014].

Além disso, outro fator, segundo a Suprema Corte Argentina, que se levou em consideração é o fato do réu ser estrangeiro e desconhecedor do idioma nacional, de modo que não havia nenhum intérprete, portanto, foi duvidosa a compreensão cabal e o alcance daquele procedimento que se realizou, inclusive, a possibilidade de opor-se à invasão. Por isso, o órgão máximo concluiu, nessas condições, que não se podia razoavelmente equiparar-se a uma autorização válida, logo os atos estavam eivados de legitimidade.

A Suprema Corte Argentina adentrou também na questão relativa a Álvaro Baintrub, que havia sido condenado pelo fornecimento das drogas, cuja comprovação não requereria necessariamente a substância entorpecente, mas pelas confissões de Reginald Ray Rayford e Alejandro Loubet Sarrasin. Passou a discutir em que medida a ilegalidade inicial do procedimento afetaria a validade dos atos subsequentes, ou seja, até que ponto o vício de origem expande seus efeitos.

Nessa linha, o órgão máximo julgador afirmou que a regra é a exclusão de qualquer elemento probatório obtido por vias ilegais, porque do contrário, desconhecer-se-ia o direito ao devido processo a que todo indivíduo tem, de acordo com as garantias outorgadas pela Constituição Nacional.

A Suprema Corte Argentina ponderou que embora a regra seja aquela, deve-se admitir também o concurso de fatores que podem atenuar os efeitos derivados de uma aplicação automática e irracional. Por exemplo, os elementos probatórios indevidamente obtidos perderão valor inquestionavelmente desde a sua aquisição, dada a imutabilidade do meio em que se constituiu a prova. Por outro lado, o elemento de prova que provém diretamente das pessoas por meio de suas declarações, por serem faladas, detêm de voluntariedade autônoma, admite-se, portanto, maiores possibilidade de atenuação à regra.

Nesse sentido, segundo a Suprema Corte Argentina, o grau de liberdade de quem declara não é irrelevante para julgar sobre a utilidade de suas manifestações, de modo que a exclusão requer, nesse caso, um vínculo mais imediato entre a ilegalidade e o testemunho que o exigido para desqualificar a prova material.

Assim, apreciar a proteção da ilegalidade do procedimento sobre cada elemento probatório é função dos juízes, que deverão valorar as particularidades do caso concreto. É vantajosa, para essa finalidade, a análise da concatenação causal dos atos no sentido lógico, pois isso permite determinar com clareza os efeitos de que cada elemento de prova conduziria e a eliminação dos viciados. Deve-se, inclusive, levar-se em conta a

possibilidade de aquisição de outros elementos de prova por outras fontes distintas das que foram ilegais.

Em resumo, pela análise do conjunto probatório, a Suprema Corte Argentina concluiu que toda a situação se encontra intimamente conectada, ou seja, existe um nexo direto entre a apreensão ilegal de Reginald Ray Rayford que trouxe Álvaro Baintrub e conduziu a Alejandro Loubet Sarrasin.

Destarte, a Suprema Corte Argentina corroborou sua posição declarando que a incriminação de Álvaro Baintrub por Reginald Ray Rayford não pode ser levada em consideração porque as circunstâncias em que se efetuou não advêm do fruto da livre expressão da voluntariedade. Ao contrário, foram declarações induzidas pela situação em que o primeiro réu foi submetido. Por tais razões, Álvaro Baintrub ficou vinculado à investigação como efeito exclusivo do procedimento ilegal de busca e apreensão de entorpecentes e não houve várias outras investigações, mas somente aquela, cuja vertente original estava viciada e contaminou todas as ligações dela decorrentes, inclusive contaminando Alejandro Loubet Sarrasin, portanto, devendo-se revogar a decisão condenatória e absolver os réus.

3.1.2.2. A exceção à prova ilícita por derivação da fonte independente e o caso Roque Ruiz de 1987

Tratou-se de um fato ocorrido em 19 de março de 1983, data em que Roque Ruiz foi preso por uma comissão da Polícia da Província de Buenos Aires pelo assalto a uma farmácia em conluio com dois comparsas utilizando um táxi. Houve troca de tiros entre os assaltantes e a polícia, que culminou na morte de um dos agentes infratores, fuga do outro e a prisão de Roque Ruiz. O veículo foi apreendido pela polícia.

Em interrogatório na sede da Polícia, Roque Ruiz mencionou que estava sob liberdade condicional e dias antes do assalto teria conhecido os dois comparsas, Miguel e Acevedo. No dia do roubo, Miguel conduzia um táxi roubado, Acevedo e Roque Ruiz foram os responsáveis pelo assalto a uma padaria e posteriormente à farmácia, quando a ação foi frustrada.

Os agentes policiais ao revistar as vestimentas do comparsa morto, encontraram documentos de identidade de Jorge Pascual Cándido, que, uma vez contactado, afirmou ter

sido vítima de roubo em 16 de março e teve seus pertences levados (cédula de identidade e dinheiro). Os agentes policiais investigaram e relacionaram os fatos com outros dois roubos a taxistas Alberto Procopio, cujo veículo havia sido levado e utilizado para o crime, e Alberto Izquierdo, cujos documentos haviam sido subtraídos.

Chamados para prestar depoimento à Delegacia de Polícia, Jorge Pascual Cándido, Alberto Procopio e Alberto Izquierdo reconheceram os jovens que os havia roubado, exatamente os três envolvidos no caso do roubo à farmácia, principalmente Roque Ruiz.

Roque Ruiz, após ter sido condenado em primeira instância, recorreu alegando que havia sido torturado em sede policial, enquanto preso, a fim de que relatasse os fatos ocorridos. Alegou, também, que toda averiguação está atrelada à tortura inicial para dar abertura às investigações contra ele, portanto, todos os atos seguintes foram fruto da primeira pesquisa ilegal.

A Suprema Corte Argentina concordou com a retirada das declarações prestadas em sede policial, uma vez que fruto da tortura sofrida, porém afirmou que, descartados tais dizeres, é importante analisar se os demais meios de prova poderiam constituir elementos suficientes para justificar a repreensão, pois deve-se determinar em que medida a ilegalidade inicial do procedimento afetaria a validade dos atos subsequentes.

Continuou a Suprema Corte Argentina defendendo que a regra é a exclusão de qualquer elemento probatório obtido por vias ilegais, mas sempre tendo em consideração o conjunto de fatores que possam atenuar os efeitos derivados de uma aplicação automática e irracional dessa exclusão.

Dessa forma, a Suprema Corte Argentina afirmou que, à luz dessas considerações expostas, deve-se desqualificar a fundamentação que sustentou a condenação de Roque Ruiz pelo fato ilícito que prejudicou o Alberto Procopio, pois não houve outro modo de se chegar a este sem a tortura e posterior reconhecimento. Além disso, ainda que Roque Ruiz tenha levado o veículo da vítima, posteriormente, entregou os aparelhos de som do veículo e a cruz de ouro subtraída dela.

Contudo, ressalta a Suprema Corte Argentina, situação diversa ocorreu quanto aos prejuízos sofrido por Jorge Pascual Cándido e Alberto Izquierdo, porque em ambos os casos a condenação pode ser sustentada com base em outros meios de prova e circunstâncias do processo que são independentes das manifestações ilegais. Foram ainda obtidas de maneira objetiva e direta, graças à busca nas vestimentas do comparsa morto, em que se encontraram os documentos de Jorge Pascual Cándido. Assim, a polícia teve que

realizar as diligências para identificação do morto e o proprietário daqueles documentos, que prestou declarações, reconheceu o agressor.

Dessa forma, a Suprema Corte da Argentina reanalisou a condenação quanto à acusação lastreada nas declarações de Alberto Procopio absolvendo Roque Ruiz, mas não o absolveu na parte em que o imputado é incriminado com base nos fatos independentes a esse.

Capítulo 3 – Legislação no Brasil

A Reforma do Código de Processo Penal pela Lei 11.690/08 trouxe grandes modificações conceituais e procedimentais no regime da prova ilícita no processo penal. É inegável, conforme será demonstrado, que houve mudanças significativas e benéficas visando maior proteção dos direitos e garantias fundamentais. Por outro lado, há incongruências entre o texto normativo²³⁰ promulgado e a academia estadunidense criadora das doutrinas por ele incorporadas no tocante às exceções às provas ilícitas por derivação.

Assim, no presente Capítulo, temos o objetivo de destacar tais pontos e aprofundá-los a fim de oferecer balizas a serem utilizadas em uma interpretação normativa e aplicação em casos concretos.

Todavia, a análise desse conteúdo reformado não pode ser feita sem antes compreender a norma-regra constitucional do inciso LVI do artigo 5º. A “regra” como mandamento definitivo implica consequências no mundo jurídico, sobretudo para a legislação infraconstitucional.

Por fim, o estudo da norma-regra constitucional e da Reforma trazida pela Lei nº 11.690/08 permite examinar o atual Projeto de Lei do Senado nº 156, que pretende reformar todo o Código de Processo Penal.

1. A norma-regra do inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal e suas implicações

Primeiramente, cumpre esclarecer que adotamos a metodologia da “teoria dos princípios” porque permite não somente identificar a estrutura da norma de direito fundamental, suas partes e inter-relações, como também demonstrar que existem argumentações utilizadas restringindo inconstitucionalmente a norma jusfundamental, e

²³⁰ Quanto à diferença entre enunciado (texto) normativo e norma: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54; BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 26-28; SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, n. 1, jan/jun, 2003, p. 616; e ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 213.

por fim, criar padrões mais racionais e sistêmicos de orientação no exame da aplicação da norma de direito fundamental em análise, sobretudo no tocante às restrições²³¹.

Além do mais, interpretando o sistema jurídico consubstanciado em uma distribuição equilibrada de regras e princípios pela “teoria dos princípios”, percebemos que as regras desempenham um papel relativo à segurança jurídica, haja vista que denotam previsibilidade e objetividade das condutas. E os princípios se apresentam com maior flexibilidade dando margem à realização da justiça nos casos concretos²³².

Em segundo lugar, para iniciar uma análise ampla de um direito fundamental, é requisito necessário o conhecimento de sua estrutura²³³ formada por: “posições” (ou direitos fundamentais em sentido estrito) e “normas” vinculadas interpretativamente a uma “disposição de direito fundamental”.

As “disposições de direito fundamental” são os enunciados da Constituição que tipificam os direitos fundamentais e permitem uma multiplicidade de interpretações normativas.

Por exemplo, no Brasil, a Constituição Federal elenca, no seu artigo 5º, setenta e oito incisos que anunciam disposições de direitos fundamentais. É o caso do enunciado normativo no inciso LVI do artigo 5º, que dispõe o seguinte: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”²³⁴.

As “normas de direito fundamental” são o conjunto de significados prescritos nas disposições de direito fundamental. O conjunto de significados se expressa mediante proposições descritivas que estabelecem determinadas obrigações, permissões ou proibições.

²³¹ Valemo-nos da metodologia propiciada pela “teoria dos princípios” e aplicada por Maurício Zanoide de Moraes quando analisou a presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção* cit., p. 265).

²³² Luis Roberto Barroso explana que: “é possível identificar uma relação entre a segurança, a estabilidade e a previsibilidade e as regras jurídicas. Isso porque, na medida em que veiculam efeitos jurídicos determinados, pretendidos pelo legislador de forma específica, as regras contribuem para a maior previsibilidade do sistema jurídico. A justiça, por sua vez, depende em geral de normas mais flexíveis, à maneira dos princípios, que permitam uma adaptação mais livre às infinitas possibilidades do caso concreto e que sejam capazes de conferir ao intérprete liberdade de adaptar o sentido geral do efeito pretendido, muitas vezes impreciso e indeterminado, às peculiaridades da hipótese examinada. Nesse contexto, portanto, os princípios são espécies normativas que se ligam de modo mais direto à ideia de justiça. Assim, como esquema geral, é possível dizer que a estrutura das regras facilita a realização do valor *segurança*, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a *justiça* possa ser alcançada” (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 316-317).

²³³ ALEXY, Robert. *Teoria* cit., p. 66 e ss; e BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales*. 3ed. Madrid: CEPC, 2007, pp. 82 e ss.

²³⁴ À luz dos conceitos expostos acerca de terminologia de prova (Capítulo 1, subitem 1), podemos interpretar como uma norma da inadmissibilidade, no processo, dos elementos de prova resultantes de atos de obtenção praticados com violação legal.

Essas normas de direito fundamental são a reunião de proposições que descrevem o “dever-ser” estabelecido pelas disposições jusfundamentais da Constituição. No presente estudo, o inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal, possui um “*dever-ser*” proibitivo na admissão de qualquer elemento de prova obtido de forma ilícita.

Essa norma retrata não somente um “*dever-ser*” de proibição, mas também que não requer órgãos ou autoridades específicas ou procedimento especial para sua execução. Não exige, igualmente, a elaboração de novas normas que completem o seu alcance e o sentido²³⁵, ou lhe fixem o conteúdo, uma vez que apresenta explicitamente seu interesse regulado.

As “posições de direito fundamental”, por fim, são as relações jurídicas entre os indivíduos ou entre os indivíduos e o Estado, cujo objeto é sempre uma conduta de ação ou omissão descrita por uma norma²³⁶.

Assim, o direito de defesa da inadmissibilidade dos elementos de prova colhidos de forma ilícita exige uma abstenção estatal quanto ao direito de punir (objeto). O sujeito ativo representado pelo imputado pode exigir que não se admitam tais elementos de prova como exercício de seu direito fundamental em face do sujeito passivo representado pelo Estado ou particular.

Quanto à análise do conteúdo de um direito fundamental, adotamos a “teoria dos princípios”²³⁷, desenvolvida por Robert Alexy, que implica não somente diferenciar determinada norma entre regra e princípio²³⁸, como também adotar os pré-requisitos de um suporte fático amplo. Trata-se de uma teoria externa para as restrições aos direitos

²³⁵ É uma norma de eficácia plena porque tem seu conteúdo completo, não necessita de outra norma completando-a. É suficiente por si só. Quanto à eficácia normativa: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 99 e ss; e BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 253 e ss.

²³⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio* cit., pp. 85-87.

²³⁷ A teoria dos princípios foi inicialmente trabalhada por Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 39 e ss) e combatida por Herbert Hart (HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 4ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 322 e ss). O aprimoramento e a consolidação dessa teoria foram realizados por Robert Alexy (ALEXY, Robert. *Teoria* cit.), tendo no Brasil um de seus difusores em Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras* cit.; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2010), na Espanha um de seus difusores Carlos Bernal Pulido (BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio* cit.).

²³⁸ De acordo com Robert Alexy, essa diferenciação é a base da teoria da justificação no âmbito dos direitos fundamentais porque permite uma teoria adequada sobre as restrições a tais direitos, sobre colisões e sobre o papel desses direitos no sistema jurídico. Essa distinção constitui, também, ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais (ALEXY, Robert. *Teoria* cit., p. 85 e ss).

fundamentais e uma concepção de conteúdo essencial relativo nos enfoques objetivo e subjetivo²³⁹, conforme serão explicados.

Ao se distinguir entre as espécies normativas “regra” e “princípio”, supõe-se que esse direito fundamental tenha um suporte fático amplo formado pelo âmbito de proteção (mais amplo possível) e a intervenção (mais ampla possível) estatal ou particular.

A vantagem dessa construção normativa é a exposição das indevidas limitações aos direitos fundamentais (restringíveis), porque exige um ônus argumentativo àquele responsável pela diminuição jusfundamental. Assim, uma restrição não justificada constitucionalmente figura uma violação.

Seguindo essa linha, inferimos que existe a possibilidade de intervenção aos direitos fundamentais. Logo, seu conteúdo essencial não é definido: ao contrário, é relativo e variado a cada caso concreto.

Assim sendo, necessitamos de uma breve conceituação dos pré-requisitos para análise de um direito fundamental pela “teoria dos princípios” a fim de adequarmos para o objeto dessa pesquisa: o inciso LVI, do artigo 5º, da Carta Magna.

Para a identificação do suporte fático²⁴⁰ de uma norma de direito fundamental necessitamos de quatro perguntas: “(1) o que é protegido?; (2) contra o quê?; (3) qual a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) o que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?”²⁴¹.

Quando se desvenda “o que é protegido”, chegamos ao âmbito de proteção da norma jusfundamental. Ele se relaciona à sua contraparte, ou seja, “contra o quê”, que é a intervenção estatal²⁴² ou do particular no próprio âmbito de proteção.

²³⁹ Posicionamo-nos na aceitação dos mencionados “pré-requisitos” da estrutura normativa de um direito fundamental. Dessa forma, refutamos automaticamente o suporte fático restrito e sua exclusão de antemão de determinadas condutas do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais; a teoria interna para as restrições aos direitos fundamentais e a ideia de limites imanentes; e a concepção de conteúdo essencial absoluto e seu âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental. Para aprofundamento recomendamos: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008; BOROWSKI, Martin. *La estructura* cit., pp. 37-107; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais* cit.; e ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção* cit., pp. 263-334.

²⁴⁰ A doutrina diferencia “suporte fático abstrato” que são os fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma, cuja realização ou violação se prevê determinada consequência jurídica. E “suporte fático concreto”, que é a ocorrência concreta dos fatos ou atos que a norma jurídica previa (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais* cit., pp. 67-68; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção* cit., p. 274).

²⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais* cit., p. 71; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção* cit., p. 277.

²⁴² Essa intervenção estatal pode ser tanto ativamente sobre o âmbito de proteção como também pela inércia estatal. Essa se configura quando o Estado deixa de realizar as prestações positivas gerando redução na efetivação do direito atingido (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção* cit., p. 277).

A ativação da “consequência jurídica”, por sua vez, ocorre no preenchimento indevido dessa intervenção no âmbito de proteção e pode gerar eventual exigência de sua cessação.

Assim, definido o suporte fático da norma pela “teoria dos princípios”, aceitamo-lo na sua maior amplitude possível e eventual possibilidade de sua redução²⁴³. Portanto, podemos encontrar a regra que define o mandamento definitivo a ser aplicado, ou o suporte fático com a estrutura de um princípio (mandamento de otimização).

Conforme Maurício Zanoide de Moraes, “para a teoria ampla, todo trabalho argumentativo se realiza na fundamentação da intervenção/inércia estatal no âmbito de proteção no instante da proteção efetiva e definitiva do direito”²⁴⁴.

Dessa forma, tanto o “âmbito de proteção” amplo quanto a “intervenção” são assumidos da forma mais abrangente possível e ocorrem no instante de se chegar ao direito definitivo do caso concreto vivenciado.

Além disso, essa intervenção exige um requisito muito importante: o ônus argumentativo para demonstrar a constitucionalidade dessa intervenção²⁴⁵, isto é, exige-se uma fundamentação constitucionalmente permitida para a intervenção ser legítima; caso contrário estar-se-ia diante de uma violação (limitação indevida do direito fundamental).

A “teoria externa”, por sua vez, pressupõe a existência de dois objetos²⁴⁶ jurídicos diferentes: a norma de direito não limitada e a restrição a esse direito. De início pode se apresentar como uma divisão sem relevância, mas é justamente por intermédio dela que se pode compreender o “sopesamento” na colisão de direitos fundamentais e a função da

²⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais* cit., p. 109-110.

²⁴⁴ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção* cit., p. 281.

²⁴⁵ Seguimos o “modelo alternativo” proposto por Virgílio Afonso da Silva, em que além do “suporte fático”, “âmbito de proteção” e a “intervenção” na norma de direito fundamental, exige-se a intervenção justificada constitucionalmente para ser considerada legítima. Do contrário, tratar-se-ia de uma violação. Isso porque, segundo Virgílio Afonso da Silva, “se houver fundamentação constitucional para intervenção estar-se-á diante não de uma violação, mas de uma restrição constitucional ao direito fundamental, o que impede a ativação da consequência jurídica (declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*)” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais* cit., p. 112). Esse “modelo alternativo” foi perfeitamente adotado por Maurício Zanoide de Moraes (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção* cit., p. 276).

²⁴⁶ Martin Borowski segue essa divisão afirmando que o primeiro objeto é uma norma e direito *prima facie*. Sempre que um direito existe, há uma norma garantidora desse direito. O segundo objeto é também normativo, pois as restrições dos direitos são normas. E se houver um direito *prima facie* limitado legitimamente no caso concreto, temos um direito definitivo. Assim, a “teoria dos direitos restringíveis” ou “teoria externa” permite reconstruir a colisão entre objetos normativos, sobretudo a colisão entre direitos e bens coletivos (BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 67-68). Nessa linha: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais* cit., p. 138; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção* cit., pp. 286-287.

proporcionalidade nas restrições²⁴⁷, conforme as condições fático-jurídicas do caso concreto. Isso nos permite entender que as restrições, de qualquer natureza, não têm influência no conteúdo do direito, mas sim de limitar o exercício de seu conteúdo no caso concreto. E, também, compreender que a “norma-regra” não é restringível, afastando qualquer possibilidade de “sopesamento”, apenas sendo viável a “subsunção”.

Existe, pois, uma íntima relação entre a “teoria dos princípios” e a “teoria externa”. A primeira tem os direitos fundamentais garantidos por uma norma consagradora de um direito *prima facie*. O “suporte fático amplo” da norma com estrutura de princípio pode sofrer restrição para sua realização, culminando diretamente na limitação ao direito fundamental garantido. No caso de uma norma-regra, o “suporte fático amplo” e sua restrição mais ampla possível já são definidos no texto normativo, não dependem do caso concreto para formação do direito definitivo, pois já é o próprio direito definitivo a ser aplicado.

A segunda pressupõe a existência de um direito *prima facie* e um direito *definitivo*²⁴⁸. O princípio, *prima facie*, tem a tendência expansiva e ilimitada, porém não existem princípios absolutos. O conceito de mandamento de otimização prevê que a realização do princípio pode ser restringida por princípios colidentes, cujo resultado são os direitos definitivos, após o “sopesamento”. A norma-regra tem sua aplicação imediata de acordo com o descrito no seu texto normativo, sua realização ocorre por “subsunção”. Sua tendência é hermética e limitada ao descrito no enunciado, pois não cabe qualquer restrição ao direito fundamental protegido.

E ambas as teorias se completam no sentido de que o mandamento de otimização (princípio) exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das situações fáticas e jurídicas existentes para definir o direito definitivo que surge após a limitação do direito *prima facie*.

Dessa forma, a sistemática no caso da norma-regra é semelhante, porém não ocorre a limitação do direito fundamental nos casos concretos porque essa espécie normativa não admite restrição e já é um “dever-ser” aplicável. E na eventual colisão entre regras,

²⁴⁷ Aplicada no caso concreto, a proporcionalidade tem o cunho de controlar a “proibição de excesso”. Seu âmbito de atuação são as restrições e sua intensidade de aplicação depende da superação das regras, nesta ordem, da adequação (se a medida é adequada para fomentar a realização do objetivo visado), da necessidade (exame comparativo levando em consideração a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto e o grau de restrição ao direito fundamental atingido), e a proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação (a medida adequada e necessária pode não ser aplicada se destruir completamente o direito fundamental tutelado, momento este que há a ponderação) (Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais* cit., pp. 167-179).

²⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais* cit., p. 140.

valemo-nos da “susbunção” e uma das normas deverá ser declarada inválida, ou deverá funcionar como uma cláusula de exceção.

Assim, as regras colidentes devem também estar dispostas na maior amplitude possível a fim de se chegar no caso concreto na maior proteção possível ao direito fundamental, mas não podem ser aplicadas conjuntamente, uma vez que não há o “sopesamento” entre elas.

Por exemplo, como veremos no item 1.1 deste Capítulo, o inciso LVI do artigo 5º constitucional tem a função de regra limitadora do inciso LV do mesmo artigo. O primeiro inciso é um mandamento definitivo e autoaplicável, porque se trata de uma norma-regra e é irrestringível. Já o segundo é uma norma-princípio que contém o direito à prova e pode sofrer limitação no caso concreto.

Por fim, a concepção de “conteúdo essencial relativo”²⁴⁹, segundo Virgílio Afonso da Silva, “consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental”²⁵⁰. Dessa forma, o que é essencial no conteúdo deve ser definido de acordo com as condições fáticas e jurídicas das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto.

É nesse conceito que vislumbramos a determinação dos direitos fundamentais restringíveis mediante a aplicação da proporcionalidade, que surge como uma proibição de excesso no caso de direitos fundamentais de defesa de 1º Grau (direito de defesa do cidadão em face do Estado). A proporcionalidade se torna um instrumento para evitar a aniquilação do direito fundamental no momento de sua restrição, pois exige a ponderação justificada quanto à intensidade dessa limitação, caso contrário teríamos uma violação (ilegítima limitação).

Percebemos, pois, que o conteúdo essencial relativo e a proporcionalidade guardam íntima relação e, conforme Virgílio Afonso da Silva, “as restrições a direitos fundamentais

²⁴⁹ Antes de se compreender a razão de ser “relativo”, o conteúdo essencial deve ser tratado sob dois enfoques: o objetivo e o subjetivo. No enfoque objetivo, o conteúdo essencial se refere aos direitos fundamentais como instituições do sistema jurídico que merecem proteção ante restrições a ponto de anular sua eficácia e significado para a coletividade. Por exemplo, engessando-os sob a forma de cláusulas pétreas (artigo 60, inciso IV, da Constituição Federal). Já sob o enfoque subjetivo, o conteúdo essencial se relaciona aos direitos fundamentais como direitos subjetivos complementando o enfoque objetivo, pois oferece recursos para proteção efetiva desses direitos em face de intervenções demasiadas ou ilegítimas. Para maior aprofundamento: BOROWSKI, Martin. *La estructura* cit., pp. 97-98; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais* cit., pp. 185-187; e ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção* cit., pp. 266-269.

²⁵⁰ Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais* cit., p. 196.

que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos”²⁵¹.

Isso permite concluir que os direitos fundamentais possuem, no caso de princípio, suporte fático amplo composto por âmbito de proteção amplo e intervenção ampla. Já no caso de regra, temos o direito fundamental descrito e sua aplicação é imediata, sem qualquer restrição, aplica-se, pois, a “subsunção”. Caso a regra esteja em colidência com outra, uma terá a função de cláusula de exceção ao direito, ou uma delas deverá ser declarada inválida e extirpada do ordenamento jurídico.

E não menos importante, a proporcionalidade surge como uma “restrição às restrições”, pois tem a função de proibir uma restrição excessiva aos direitos fundamentais. Quando nos valem do controle da proporcionalidade, assumimos que a restrição proporcional esteja plenamente de acordo com a Constituição. Tudo isso dentro da noção de que o conteúdo essencial jusfundamental seja relativo.

1.1. A regra constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas

Após análise conceitual de um direito fundamental, cabe interpretarmos o motivo pelo qual determinamos o inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal, como uma norma-regra.

Primeiramente, buscamos o “suporte fático amplo” do direito à prova. Entendemos que ele advém dos “direitos de defesa” constitucionais, especificamente do direito de ação²⁵² e do contraditório e da ampla defesa dispostos no inciso LV, do artigo 5º, da Carta Magna que dispõe: “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”.

Isso porque a garantia da plenitude de defesa com os meios e recursos a ela inerentes traz consigo a necessidade da efetivação na maior amplitude possível dos direitos à

²⁵¹ Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais* cit., p. 197.

²⁵² Podemos dizer que o direito de defesa e o direito de ação são faces da mesma moeda, ou seja, existe um paralelismo entre eles. De acordo com Antônio Scarance Fernandes, “são, assim, a defesa e o contraditório, como também a ação, manifestações simultâneas, ligadas entre si pelo processo, sem que um instituto derive do outro” (SCARANCE FERNANDES. Antônio. *Processo penal* cit., p. 253).

informação, à bilateralidade da audiência e à prova legitimamente obtida ou produzida, “todos umbilicalmente ligados”²⁵³.

A “norma-regra disposta” no inciso LVI não depende de nenhuma outra e está intimamente ligada ao inciso antecedente. Ela foi construída de forma peremptória por ser uma exceção à norma-princípio do inciso LV²⁵⁴.

Assim, o direito à prova é um direito à prova legitimamente obtida ou produzida que se realiza por intermédio do contraditório na instrução criminal²⁵⁵. Conforme Antônio Scarance Fernandes, “liga-se o direito à prova estritamente aos direitos de ação e de defesa”²⁵⁶. O artigo 155, do Código de Processo Penal, corrobora essa linha quando somente permite que o juiz forme o seu convencimento se lastreado em prova produzida em contraditório judicial, com sua presença e das partes²⁵⁷.

Seria, à luz de Antônio Magalhães Gomes Filho, um direito subjetivo “à introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo”²⁵⁸. Antônio Magalhães Gomes Filho afirma ainda: “à semelhança dos mesmos direitos de ação e de defesa, o direito subjetivo à prova é também um direito público ou cívico, na medida em que tem como sujeito passivo o Estado, representado pela figura do órgão jurisdicional, o qual está obrigado a tornar efetivas as postulações das partes em relação às atividades probatórias, desde que, evidentemente, legítimas”²⁵⁹.

Esse direito não somente fomenta a melhor reconstrução dos fatos ocorridos, como também exige a máxima participação dos sujeitos envolvidos e o respeito à legalidade na realização dos atos de prova.

Em segundo lugar, pergunta-se: “o que seria protegido?”. Entendemos que o âmbito de proteção dessa norma seja o direito de todas as partes de buscar as fontes de prova,

²⁵³ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 172-173.

²⁵⁴ Desde 2003, essa tem sido a posição do Professor Maurício Zanoide de Moraes de acordo com suas aulas proferidas na graduação e pós-graduação e orientações na Faculdade de Direito do Largo São Francisco.

²⁵⁵ Seguem essa relação: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova* cit., pp. 83-88; SCARANCE FERNANDES. Antônio. *Processo penal constitucional*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 72-75; e TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias* cit., pp. 164-172.

²⁵⁶ SCARANCE FERNANDES. Antônio. *Processo penal* cit., p. 72.

²⁵⁷ Entendemos como restrição ao princípio do direito à prova a possibilidade do convencimento judicial ser embasado com elementos de prova do inquérito servindo para o julgamento da causa quando forem prova antecipada, cautelar ou irrepetível, conforme final do artigo 155, do Código de Processo Penal. Dispõe: “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” (grifos à parte).

²⁵⁸ Antônio Magalhães. *Direito à prova* cit., p. 84.

²⁵⁹ Antônio Magalhães. *Direito à prova* cit., p. 85.

requerendo a admissão do respectivo meio, participar de sua produção e apresentar uma valoração no momento das conclusões.

Todavia, a máxima realização do âmbito de proteção não poderia ocorrer em meio a ilegalidades. O princípio do direito à prova está relacionado com os princípios constitucionais da legalidade²⁶⁰ e do devido processo legal²⁶¹.

Tais direitos fundamentais fomentam o direito à prova e lhe oferecem respaldo, sobretudo quando a Constituição passa a inadmitir os elementos de prova colhidos de forma violadora às leis, ou seja, eles agem de forma a limitar ou como defesa do imputado contra o poder de punir estatal e permitem uma atividade probatória livre de ilegalidades.

Sendo assim, com base nas aulas do Professor Maurício Zanoide de Moraes²⁶², o legislador constitucional resolveu frear o direito à prova com a elaboração do inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal. Essa regra foi criada a partir da permissão geral contida no inciso LV do mesmo artigo, que estimula a plenitude de defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes.

Dessa forma, não se admite qualquer ilegalidade na produção probatória no curso da persecução penal, ou seja, a proibição da prova ilícita foi uma escolha político-ideológica do Estado com o objetivo de limitar tanto o direito à prova dos sujeitos envolvidos na persecução (acusação ou defesa), quanto o poder instrutório judicial supletivo ou complementar.

O legislador constitucional criou a norma-regra da inadmissibilidade das provas ilícitas sob forma de exceção à ampla atividade probatória, isto é, podemos nos valer de todos os meios e recursos para obtenção de elementos de prova, desde que não ilícitos e

²⁶⁰ O princípio da legalidade é a essência de um Estado Democrático de Direito e está disposto no inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Nos termos de José Afonso da Silva, toda a atividade fica sujeita à lei e o princípio da legalidade é “a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 424).

²⁶¹ A Constituição Federal no artigo 5º, inciso LIV, dispõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. A doutrina tem dividido o devido processo legal em dois: aspecto substantivo e aspecto processual. No aspecto substantivo, assegura que as leis sejam razoáveis, isto é, não apenas se controla a legitimidade de aplicação de conteúdo material de norma abstrata ao caso concreto, como também, a legitimidade da produção legislativa das normas e a possibilidade de não se aplicar norma eventualmente produzida em dissonância com os princípios fundamentais (materiais e processuais). No aspecto processual, garante ao cidadão, frente ao Estado, que as normas existentes e legítimas sejam aplicadas asseguradas pelos órgãos públicos para uma justa e harmônica convivência dos cidadãos, principalmente, nos conflitos sociais de natureza penal (BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 41-42; SCARANCA FERNANDES. Antônio. *Processo penal* cit., pp. 43-44; TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos* cit., pp. 57-61).

²⁶² O Professor Maurício Zanoide de Moraes, desde 2005, vem lecionando tanto nas aulas da graduação, quanto da pós-graduação que o inciso LVI do artigo 5º constitucional é uma regra limitadora do princípio insculpido no inciso LV, do artigo, da Constituição Federal.

respeitando-se os princípios da legalidade, do contraditórios e da ampla defesa, e do devido processo legal.

Após isso, finalmente podemos analisar a estrutura normativa pela “teoria dos princípios”, do inciso LVI, do artigo 5º, da Carta Magna, que deve ser interpretada como “regra”²⁶³. Definimos como “regra” pelo simples fato de estabelecer uma norma inflexível e milimetricamente descrita de forma direta sem azo a outras inferências de seu texto normativo.

Para concluirmos que se trata de “regra”, valemo-nos de três critérios²⁶⁴ de exame: pela análise do tipo de conteúdo (normativo-axiológico), pela estrutura normativa e pelo seu modo de aplicação.

Na perspectiva do conteúdo, o inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal é uma norma-regra, pois prescreve uma determinada conduta, isto é, possui em seu bojo relato objetivo-descritivo de conduta a ser seguida. Encontramos claramente um “*dever-ser*” de proibição na admissão de elementos de prova no processo que não estiverem de acordo com a legalidade. Há previsibilidade e objetividade da conduta a ser obrigatoriamente seguida, permitindo-se maior segurança jurídica, pois não depende do caso concreto para ser analisada. Simplesmente “deve ser aplicada”.

Na perspectiva da estrutura normativa, a regra prevê um fato com seu respectivo efeito jurídico, portanto qualquer obtenção de elementos de prova de forma ilícita não poderá ser admitida. O legislador foi enfático ao inadmitir no processo qualquer prova produzida ilegalmente.

A norma jusfundamental não exige complemento. O legislador foi enfático ao atribuir efeito jurídico determinado na ocorrência de ilicitude no âmbito da prova: a

²⁶³ Em contraposição, temos a estrutura normativa de “princípio”. É a espécie de norma que deve ser cumprida na maior medida possível e diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. São “mandamentos de otimização” que podem ser satisfeitos em graus variados e a medida de sua satisfação não depende de somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (ALEXY, Robert. *Teoria* cit., p. 90 e ss; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio* cit., p. 591 e ss; BOROWSKI, Martin. *La estructura* cit., p. 77 e ss; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos* cit., p. 43 e ss; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção* cit., p. 279 e ss).

²⁶⁴ Esses três critérios aqui utilizados foram propostos por Luis Roberto Barroso (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito* cit., pp. 316-318). Maurício Zanoide de Moraes os adotou em seu livro (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção* cit., p. 273). Em contrapartida, quanto aos princípios, no aspecto do conteúdo, expressam valores ou fins a serem alcançados; no aspecto da estrutura normativa, os princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas; e no aspecto do modo de aplicação, os princípios podem entrar em colisão com outros princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática em que serão aplicados mediante ponderação (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito* cit., p. 316).

inadmissibilidade do elemento de prova contaminado. Assim, deixa-se claro que a Constituição Federal não excepciona nenhuma espécie de ilicitude.

No modo de aplicação, quando se trata de regra, existe um enquadramento do fato descrito no relato normativo com enunciação da consequência jurídica daí resultante, pois se aplica a “subsunção”. Nesse sentido, a regra constitucional descrita deve ser aplicada em todos os casos relativos à prova se houver ilicitude na sua produção. O enunciado normativo permite compreender que o legislador constitucional estabeleceu a obrigatoriedade de uma persecução penal isenta de qualquer ilegalidade.

Assim, ou a regra é aplicada em sua inteireza, ou não é, de acordo com a subsunção. Somente a conduta especificada resultará no cumprimento da regra. Esta espécie normativa representa comandos objetivos e definitivos no que se convencionou para aplicação do “tudo ou nada”.

Nessa linha, segundo Martin Borowski, se um direito se garante por meio de uma regra, está protegido por uma norma não suscetível de ponderação. Neste caso, já se sabe de antemão que não existem colisões com outros direitos e bens jurídicos que possam ser resolvidos mediante a ponderação²⁶⁵. Além disso, Martin Borowski afirma que o conteúdo plenamente determinado, característico das regras, constitui também uma propriedade dos direitos não limitáveis. A aplicação do direito, segundo esta concepção, é referente fundamentalmente ao conteúdo pleno da norma²⁶⁶.

Dessa forma, a norma em análise possui claramente uma estrutura de regra e elenca um mandamento definitivo da inadmissibilidade dos elementos de prova colhidos de forma ilícita, sem mais nem menos.

Se houver qualquer conflito normativo entre essa regra e outra, caberia a declaração de invalidade desta, ou da outra. E caso houvesse invalidade parcial de uma delas a fim de torná-las compatíveis, seria obrigatória a presença de uma cláusula de exceção, eventos esses que não ocorrem em nível constitucional.

Por tal razão, não cogitamos a aplicação do “sopesamento” e equivoca-se quem interpreta a norma-regra do inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal, como princípio constitucional com o objetivo de sopesá-la com alguma outra norma fundamental e diminuí-la, restringindo-lhe a aplicação.

Afinal, o “sopesamento” tem espaço tão-somente em situações em que são possíveis restrições aos direitos fundamentais na estrutura de “princípio”. Logo, a proporcionalidade

²⁶⁵ BOROWSKI, Martin. *La estructura* cit., p. 77.

²⁶⁶ BOROWSKI, Martin. *La estructura* cit., p. 78.

é inaplicável quando se tratar da regra da inadmissibilidade no processo dos elementos de prova colhidos com violação às regras legais independentemente de sua natureza justamente por não ser uma norma restringível. Qualquer restrição a essa regra constitui uma inconstitucionalidade.

1.2. Inexistência da prova ilícita *pro reo* e inaplicabilidade da proporcionalidade

O próprio termo “prova ilícita *pro reo*” é uma contradição em si mesma²⁶⁷, pois significa a obtenção de elementos de prova com violação legal, sua admissão no processo e produção, sob o crivo do contraditório, em favor do imputado para sua defesa.

É a situação típica na qual o réu (ou alguém em seu favor), injustamente imputado de um delito, viola direitos à privacidade, de domicílio, etc., com objetivo de obter elementos de prova a fim de comprovar sua inocência. Na verdade, não se trata de prova ilícita, conforme veremos.

Como demonstrado, o inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal, é uma norma-regra que não permite a admissão de elementos de prova obtidos de forma ilícita. Além disso, a regra não apresenta qualquer cláusula de exceção ou outra regra alternativa para, mediante subsunção, ser aplicada no caso concreto.

Dessa forma, não existe qualquer possibilidade de restrição ao mencionado direito fundamental e qualquer limitação sobre seu âmbito de proteção configura uma violação inconstitucional.

Todavia, a doutrina majoritária se posicionou invocando a proporcionalidade para restringir o dispositivo do inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal, sob argumento de ser o reflexo dos direitos de defesa em proteção ao réu.

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

²⁶⁷ Desde 2004, essa tem sido a posição do Professor Maurício Zanoide de Moraes de acordo com suas aulas proferidas na graduação (desde 2004) e pós-graduação (desde 2005) e orientações na Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Para este professor, a presença de excludentes de ilicitude na atuação do imputado, ou do 3º em seu favor, impede que se possa ter algo como ilícito. Mais recentemente, após 2006/2007, este professor acrescentou a vedação de se utilizar a “proporcionalidade” como instrumento de redução do âmbito de proteção de uma norma-regra. Segue também o mesmo posicionamento Aury Lopes Júnior (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 5ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 588). Nesse sentido, vide Capítulo 3, item 1.1.

prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros”²⁶⁸.

Teríamos, nessa situação, um confronto entre a proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência. Conforme Antônio Magalhães Gomes Filho, a prova da inocência deve 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 do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado”²⁶⁹.

Nesse mesmo sentido, está Luiz Francisco Torquato Avolio. Seu posicionamento está pautado pelo julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de 1992, que versava sobre processo criminal por lesões corporais graves, no qual se admitiu uma gravação de conversa telefônica ilegal entre a ré e a vítima do processo, realizada pela própria acusada. De acordo com esse julgado, a Câmara entendeu “que o direito à intimidade, como de resto todas demais liberdades públicas, não tem caráter absoluto e pode ceder quando em confronto com outros direitos fundamentais, como, por exemplo, o de ampla defesa. É o chamado critério da proporcionalidade consagrado pelos tribunais alemães”²⁷⁰.

Assim sendo, o posicionamento da corrente doutrinária que afirma ser possível a “prova ilícita *pro reo*” está pautado na interpretação do inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal, como norma-princípio.

Contudo esse entendimento, com o devido respeito, não merece prosperar²⁷¹. A razão da impossibilidade de adotarmos essa linha está no fato de dois equívocos serem claramente perceptíveis.

O primeiro equívoco está na própria interpretação do texto constitucional: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A raiz do problema está

²⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antônio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades* cit., p. 127.

²⁶⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova* cit., p. 106.

²⁷⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas - Intercepções telefônicas e gravações clandestinas*. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 80.

²⁷¹ Desde 2004, essa tem sido a posição do Professor Maurício Zanoide de Moraes de acordo com suas aulas proferidas na graduação (desde 2004) e pós-graduação (desde 2005) e orientações na Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Para este professor, a presença de excludentes de ilicitude na atuação do imputado, ou do 3º em seu favor, impede que se possa ter algo como ilícito. Mais recentemente, após 2006/2007, este professor acrescentou a vedação de se utilizar a “proporcionalidade” como instrumento de redução do âmbito de proteção de uma norma-regra. Segue também o mesmo posicionamento Aury Lopes Júnior (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 5ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 588). Nesse sentido, vide Capítulo 3, item 1.1.

na imprecisa descoberta do suporte fático amplo do direito à prova que é o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, e não o descrito no inciso LVI do mesmo artigo constitucional, como tem ocorrido.

A adoção do suporte fático amplo do inciso LV do artigo 5º permite que o âmbito de proteção amplo do direito à prova seja restringido, porque é uma norma-princípio e aceita limitações, mas não o descrito no inciso LVI do artigo 5º constitucional, que é uma norma-regra irrestringível. Na verdade, como leciona Maurício Zanoide de Moraes, o inciso LVI já atua como regra de exceção limitadora ao precedente inciso LV, ambos da Constituição Federal²⁷².

Ainda, quando interpretamos que o legislador constitucional admitiu ampla atividade na colheita e produção dos elementos de prova, respaldamo-nos nos princípios da legalidade e devido processo legal. Logo, qualquer ilicitude é obviamente rechaçada.

Nesse sentido, o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal é o suporte fático amplo do direito à prova que fomenta a ampla atividade probatória com todos os meios e recursos a ela inerentes, ou seja, a plenitude de exercício dos direitos de defesa e ação. O direito à prova, como qualquer princípio, não é absoluto e permite restrições como a própria prova ilícita.

E o legislador constitucional, no inciso LVI, criou uma exceção à regra geral da ampliada atividade probatória e de toda sistemática. Ele fixou a norma-regra da inadmissibilidade de provas ilícitas.

Assim, o que temos é a clara descrição normativa de uma regra da inadmissibilidade dos elementos de prova obtidos com violação legal, sobretudo após análise do tipo de conteúdo (normativo-axiológico), pela estrutura normativa e o modo de aplicação²⁷³. Temos uma regra constitucional que deve ser aplicada no caso concreto relativo às provas quando eivadas de ilicitude.

O segundo equívoco é a má utilização do instrumento da proporcionalidade. Comumente, ela tem sido aplicada da seguinte forma: “a prova obtida com violação de direitos fundamentais, se destina a provar a inocência do acusado (adequação), sendo única forma de que este dispõe (necessidade), respeitando a proporcionalidade do bem lesado

²⁷² Vide nota 271 supra.

²⁷³ Vide Capítulo 3, item 1.

com o bem protegido (proporcionalidade estrita), deve ser aceita pelo juízo por aplicação do princípio da proporcionalidade”²⁷⁴.

Nesse caso, percebemos que houve a exclusão do direito e garantia fundamental da inadmissibilidade dos elementos de prova obtidos com violação legal, sob o crivo da proporcionalidade. Assim, o elemento de prova colhido ilicitamente seria incluído no processo.

Como já afirmado, a proporcionalidade é um instrumento para ser utilizado no “sopesamento” das restrições. É uma “restrição às restrições” ou uma “proibição de excesso”. Sua atuação deve ser justificada constitucionalmente e ocorre tão-somente na intensidade aplicada nessa restrição, jamais podendo ser utilizada para anular ou esvaziar o direito fundamental²⁷⁵.

Nessa linha, a proporcionalidade não tem espaço quando se tratar de uma regra, pois essa espécie normativa é irrestringível. Aplicá-la nesse âmbito faz com que perca sua justificativa constitucional e função²⁷⁶.

Se não há “sopesamento” de regras, pode-se questionar como se dá, então, a obtenção da prova ilícita *pro reo*?

Na verdade, o que ocorre é a proteção do réu ou de terceiro pela excludente de ilicitude, especificamente, da legítima defesa²⁷⁷, conforme os artigos 23 e 25, do Código Penal²⁷⁸, no momento da obtenção do elemento de prova com violação legal.

A pessoa está em legítima defesa quando se encontra diante de qualquer ação ou omissão consciente e voluntária, que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico tutelado pelo

²⁷⁴ ÁVILA, Thiago Pierobom. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 205.

²⁷⁵ É um meio que permite a ponderação diante de uma colisão de princípios.

²⁷⁶ Assim, não concordamos quando Antônio Magalhães Gomes Filho afirma que “não se pode contestar que o critério de proporcionalidade encontra hoje agasalho nos textos legislativos destinados a dar maior severidade à repressão do crime organizado, do tráfico de entorpecentes, e de outras expressões mais agudas da criminalidade” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova* cit., p. 106). E também Antônio Scarance Fernandes quando afirma que a tendência atual esteja no sentido de vedar a produção de uma prova ilícita, mas não descarta a existência de “forte inclinação para se admitir a aplicação, no caso concreto, e em circunstâncias especiais o princípio da proporcionalidade” (SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo* cit., 82).

²⁷⁷ A legítima defesa, segundo Guilherme de Souza Nucci, é “a defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiro, usando, para tanto, moderadamente, os meios necessários” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal – parte geral e parte especial*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 242).

²⁷⁸ “**Exclusão de ilicitude** - Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa; (...)”

“**Legítima defesa** - Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

ordenamento jurídico. Tal agressão deve ser presente (iniciou e não se encerrou) ou iminente (prestes a ocorrer ou em futuro imediato) em face de um direito próprio.

Permite-se, inclusive, que o terceiro aja em legítima defesa alheia quando estiver em favor do injustamente imputado, pois está defendendo indiretamente bens juridicamente protegidos como a liberdade, a dignidade da pessoa humana, etc.

E, de acordo com Guilherme de Souza Nucci, a legítima defesa deve ser enxergada sob dois prismas: o primeiro, jurídico-individual que é o direito de todo homem se defender seus bens juridicamente tutelados. E o segundo, jurídico-social, é justamente o preceito de que o ordenamento jurídico não deve ceder ao injusto; daí porque a legítima defesa somente se manifesta quando for essencialmente necessária²⁷⁹.

O âmbito dessa excludente de ilicitude é amplo. Janaína Conceição Paschoal afirma que “o legislador não a limita à proteção da vida ou da integridade física. Todos os bens jurídicos são passíveis de serem legitimamente defendidos, exigindo-se apenas que se verifiquem os requisitos legais para a excludente”²⁸⁰.

Diante disso, a previsão legal da excludente de ilicitude do Código Penal permite que o imputado ou terceiro comprove a inocência a partir de elementos de prova que conduzam a uma aparência ilícita, mas que, na verdade, é perfeitamente lícita. Defende-se contra a injusta agressão da própria persecução penal.

É a injusta incoação de uma persecução penal que não deveria sofrer. Busca-se que não se configure a situação lesiva a um interesse tutelado, juridicamente protegido.

Haveria, assim, a proteção de bens jurídicos mais relevantes como a defesa de seu status de inocente ou de sua liberdade de locomoção, em detrimento de outros como o sigilo das comunicações telefônicas em situação não provocada pelo réu.

Por exemplo, estaríamos diante de uma exclusão de ilicitude quando o imputado, por si só e sem autorização judicial, intercepta uma ligação telefônica com o objetivo de comprovar sua inocência. É a legítima defesa que exime o imputado da ilicitude e permite que ele se valha do elemento de prova colhido para tão-somente provar sua inocência.

Enfim, em sendo a vedação constitucional uma regra, não é possível o seu “sopesamento” com eventuais princípios colidentes, já que regras não estão sujeitas à colidência, pois atuam no âmbito da validade e são aplicadas mediante subsunção.

Conforme Virgílio Afonso da Silva, “não haveria, por conseguinte, como relativizar a proibição das provas ilícitas por meio da aplicação da regra da proporcionalidade, pois

²⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual* cit., p. 242.

²⁸⁰ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Direito Penal – parte geral*. São Paulo: Manole, 2003, p. 49.

essa só é aplicada quando há colisão de princípios, não nos caso de conflitos entre regras”²⁸¹. A proporcionalidade somente pode ser aplicada nas restrições aos direitos fundamentais e sendo o inciso LVI, do artigo 5º, da CF, um mandamento definitivo, não pode sofrer limitações.

Isso se coaduna com a linha adotada pela Lei 11.690/08, no *caput* do artigo 157, que conceituou a prova ilícita como aquela obtida mediante violação legal independentemente da natureza da norma. É a interpretação da norma-regra constitucional pelo legislador infraconstitucional com o objetivo de não permitir qualquer ilegalidade no processo.

Assim sendo, conforme já aventado, a proporcionalidade tem a única função de limitar as restrições a fim de garantir os direitos fundamentais na aplicação máxima, isto é, dosar para que não ocorram restrições inconstitucionais. E a norma-regra do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal não é restringível, por conseguinte, não permite a incidência da proporcionalidade, que cabe apenas nos casos de colisões de princípios.

Diante disso, não possuímos exceções à admissão da prova ilícita, muito menos embasadas com a proporcionalidade. Os direitos e garantias fundamentais explicitados nos incisos LV e LVI do artigo 5º constitucional fomentam a maior proteção possível aos indivíduos, sobretudo respeitando-se a legalidade e o devido processo legal.

Portanto, não dizemos “prova ilícita *pro reo*”, mas devemos considerá-la prova perfeitamente lícita, cuja obtenção foi legalmente permitida pelo fato do imputado e/ou terceiro estar acobertado por uma excludente de ilicitude da legítima defesa do Código Penal.

2. Código de Processo Penal, Lei 11.690/08 e Projeto do Novo Código de Processo Penal

A Lei 11.690/08 (Anexo I)²⁸² trouxe significativas mudanças no tocante às provas no processo penal. Até então, o Código de Processo Penal previa no seu artigo 157 unicamente que o juiz formaria sua convicção pela livre apreciação da prova.

²⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional* cit., pp. 45-46.

²⁸² O presente Anexo I foi elaborado com o objetivo de demonstrar as mudanças do texto normativo desde o Projeto de Lei de iniciativa do Poder Executivo até a promulgação da Lei 11.690/08. Foram alterações significativas que serão explicadas neste Capítulo, principalmente quando houve a adoção das exceções legais às provas ilícitas por derivação.

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

Diante disso, primeiramente, faremos uma breve análise do Projeto de Lei nº 4.205 de 2001 até a promulgação da Lei 11.690/08. Ainda nesse esteio, demonstraremos, com ressalvas, o Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2008 que pretende modificar o Código de Processo Penal.

Por fim, buscaremos avaliar alguns itens que merecem destaque, para enfim, dar ênfase às exceções às provas ilícitas por derivação e sugerir ao aplicador do direito a correta adoção desses institutos nos casos concretos a que se deparar.

2.1. Do Projeto de Lei 4.205/01 à Lei 11.690/08

A iniciativa do Projeto de Lei à Reforma do Código de Processo Penal foi do Poder Executivo (MSC - 211/01) e culminou no Projeto de Lei nº 4.205/01 (Câmara dos Deputados). Tinha 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”²⁸³.

Juristas de renome como Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Femandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, posteriormente substituído por Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti, convidados pela *Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania*²⁸⁴ que ficou responsável pela elaboração do texto normativo a ser enviado sob a forma do mencionado Projeto de Lei.

²⁸³ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26555> [Acesso em 05/03/2014].

²⁸⁴ A *Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania* tem o fulcro de auxiliar o controle prévio ou preventivo do Poder Legislativo. No caso da Câmara dos Deputados, tal atividade está prevista no artigo 32, inciso IV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (“Das Matérias ou Atividades de Competência das Comissões - Art. 32. São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: (...) IV - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões; b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição; c) assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo

A *Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania* entendeu que a nova redação do artigo 157, do Código de Processo Penal, era uma adequação à Constituição. Também definiu que o art. 5º, inciso LVI, da Constituição de 1988, era a consolidação da posição internacional no sentido da inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos.

A *Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania* conceituou, pela primeira vez, a “prova ilícita”: o elemento de prova colhido infringindo princípios ou normas constitucionais para proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade.

Igualmente entendeu ser oportuna a fixação das balizas da regra constitucional de exclusão da prova ilícita pela lei processual penal. E posicionou-se quanto à proibição de sua utilização, mesmo quando se tratasse da denominada prova ilícita por derivação, ou seja, da prova não ilícita por si mesma, mas obtida por intermédio de informações provenientes de provas ilicitamente colhidas. Assim, o Projeto do Executivo foi enviado à Câmara dos Deputados.

A proposta do Poder Executivo foi ampliativa e inovadora, mas sofreu ajustes pela Câmara dos Deputados modificando o sentido da norma originalmente proposta. Veja-se o ANEXO I.

A primeira alteração foi no “caput” do artigo 157 que definiu “prova ilícita” como aquela obtida com violação a normas constitucionais ou legais, não mais aquela obtida com violação a princípios ou normas constitucionais.

Dessa forma, entendemos que houve clara modificação da teoria restrita para a teoria ampla da ilicitude da prova, de tal modo que o elemento de prova seria ilícito não somente se infringisse norma ou princípio constitucionais, mas também se violasse normas de qualquer natureza²⁸⁵.

Outras alterações ocorreram nos textos dos parágrafos do artigo 157. No parágrafo primeiro, houve a modificação no sentido da contaminação de uma prova ilícita por

Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste Regimento; d) assuntos atinentes aos direitos e garantias fundamentais, à organização do Estado, à organização dos Poderes e às funções essenciais da Justiça; (...)” (Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento_interno/RIpdf/RegInterno.pdf) [Acesso em 05/03/2014].

No caso do Senado Federal, a *Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania* está prevista no artigo 101, do Regimento Interno (“Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete: I – opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário (...)”) (Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/RegInternoSF_Vol1.pdf) [Acesso em 05/03/2014].

²⁸⁵ Capítulo 1, item 3.3.1.

derivação para incluir a noção de uma “exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente” da doutrina estadunidense.

No parágrafo segundo, do artigo 157, do Projeto de Lei 4.205/01, buscou-se conceituar o conceito de “fonte independente” e adotou-se a seguinte definição: “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”.

Entretanto, analisando-se a definição real de uma exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente da doutrina e jurisprudência estadunidense²⁸⁶ e de outros países que a adotam²⁸⁷, percebemos que o Projeto fez uma confusão entre as exceções às provas ilícitas por derivação pela fonte independente e com a exceção da descoberta inevitável.

Não ficou claro se o legislador infraconstitucional pretendia adotar ambas as teorias em parágrafos distintos, ou apenas uma delas e acabou por reuni-las de forma diversa do seu conceito original da doutrina e jurisprudência estadunidense. No final, não definiu nem uma teoria, nem outra. O texto permaneceu aberto a interpretações.

No parágrafo terceiro²⁸⁸, o Projeto de Lei 4.205/01 alterou 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. Não se esclareceu o recurso cabível contra essa decisão, mas manteve-se o contraditório ao permitir a presença das partes.

O parágrafo quarto buscou manter a imparcialidade do juiz natural constitucionalmente investido no cargo. Para tanto, tentou afastá-lo de qualquer decisão contaminada pelo contato dos elementos de prova ilícitos.

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 Presidente da República sancionou o artigo 157, com exceção do veto ao parágrafo quarto:

²⁸⁶ Capítulo 2, item 1.

²⁸⁷ Capítulo 2, item 2 e 3.

²⁸⁸ Vide Anexo I

"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)”²⁸⁹

2.2. A Lei 11.690/08 e o conceito amplo de prova ilícita no Código de Processo Penal

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

Contudo, para alguns a Reforma pareceu não ter alcançado muitos pontos. Ocorre que a Lei 11.690/08, na verdade, trouxe um conceito ampliado da ilicitude da prova a ser aplicado.

Antônio Magalhães Gomes Filho afirma que “não parece ter sido a melhor, assim, a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, que, longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo”²⁹⁰.

²⁸⁹ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2008/lei-11690-9-junho-2008-576211-publicacaooriginal-99461-pl.html> [Acesso em 05/03/2014].

²⁹⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Provas*. In. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. Coord. Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 266.

Seu posicionamento está atrelado à noção proposta por Nuvolone e difundida por Ada Pellegrini Grinover²⁹¹ na dicotomia: *prova ilícita* que resulta de uma violação ao direito material, cuja sanção seria a inadmissibilidade, e *prova ilegítima* que resulta de uma violação a normas processuais, cuja sanção seria a nulidade.

Guilherme Madeira Dezem entendeu haver duas soluções possíveis frente a essa nova redação do “caput”, do artigo 157, do Código de Processo Penal: “a) em primeiro lugar, ignora-se tudo o quanto construído até aqui e, então, adota-se este conceito atécnico criado pela reforma processual, de forma a não mais existir distinção entre prova ilícita e prova ilegítima ou b) realiza-se leitura do artigo 157 a partir da construção doutrinária apresentada, ou seja, fica mantida a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima”²⁹².

Diante disso, Guilherme Madeira Dezem buscou manter o sistema técnico com a distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas. Assim, segundo ele, “a grande utilidade da nova redação do artigo 157 é reconhecer que pode haver prova ilícita em decorrência de violação de norma material infraconstitucional”²⁹³.

Edilson Mougenot Bonfim, de seu lado, entende que “permaneceriam, ainda, as provas ilegítimas, que seriam aquelas violadoras das normas de direito infraconstitucional processual” e “as provas ilícitas seriam as violadoras de normas de direito constitucional material e processual, bem como a norma legal de direito infraconstitucional material”²⁹⁴.

Todavia, a bipartição clássica da ilicitude da prova inaugurada por Nuvolone, que divide a prova ilegal (gênero) em prova ilícita e prova ilegítima (espécies), deve ser repensada. Não dizemos que deva ser descartada, mas expandida.

Como já demonstrado, o inciso LVI do artigo 5º constitucional já previa a inadmissibilidade no processo penal das provas obtidas por meio ilícitos. A Lei 11.690/08 repetiu o “dever-ser” de proibição das provas ilícitas no processo e ampliou o seu conceito: todas aquelas obtidas com violação às regras legais e constitucionais.

Nesse sentido, percebemos claramente que a inadmissibilidade ultrapassa a questão da violação constitucional (dos direitos e garantias constitucionais) para abarcar, inclusive, a violação às regras infraconstitucionais.

²⁹¹ Vide Capítulo 1, item 3.2.

²⁹² DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal* cit., pp. 124-125.

²⁹³ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal* cit., p. 125.

²⁹⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 364. Para ele, a violação às normas constitucionais nada mais é do que a violação de direito constitucional material e processual.

Isso porque, a partir do momento em que o legislador infraconstitucional adota a teoria ampla da ilicitude da prova²⁹⁵, podemos conceituar a “prova ilícita” como aquela contrária à norma de Direito, ou seja, obtida com violação às normas, independentemente da natureza da norma no ordenamento jurídico brasileiro.

Cumprido esclarecer que nesse conceito estendido, a “obtenção” da prova deve ser interpretada não somente como a atividade de busca e investigação da fonte de prova, mas também como a produção dos meios de prova, ambos violando direitos fundamentais independentemente de sua natureza (material ou processual).

O sentido de “obtenção”, nesse caso, é toda atividade que se realiza para alcançar o resultado probatório no processo, portanto, desde a colheita de fontes de prova até a produção probatória²⁹⁶.

Manuel Miranda Estrampes adota a noção de que dentro da categoria dos direitos fundamentais estão os materiais e os processuais. Assim, a violação desses direitos pode ocorrer tanto no momento da obtenção da fonte de prova, quanto no momento de incorporação e/ou produção no processo por intermédio de algum dos meios de prova legalmente permitidos. Em ambos os casos, inegavelmente estar-se-ia diante de uma violação aos direitos fundamentais²⁹⁷.

Dessa forma, se houver no âmbito probatório uma violação tanto à norma constitucional quanto à norma infraconstitucional, estaremos diante de uma “prova ilícita”. Portanto, não haveria razão para distinguirmos os conceitos de “prova ilícita” com o de “prova ilegítima” aceitos pela doutrina até a Reforma da Lei 11.690/08, bastando-se agora apenas um único termo.

Assim sendo, adotamos a proposta de Gustavo Badaró que define “provas ilícitas” como “as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais”²⁹⁸.

Seu posicionamento se refere aos casos de violações a dispositivos constitucionais ou legais que teriam “um aspecto bifronte, podendo ser lidos, de um lado, como uma garantia

²⁹⁵ Vide Capítulo 1, item 3.3.1.

²⁹⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto* cit., p. 65.

²⁹⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto* cit., p. 66.

²⁹⁸ BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. *Proceso* cit., p. 289. Fernando Capez adota esse mesmo entendimento quando afirma que a “reforma processual penal distanciou-se da doutrina e jurisprudência pátrias que distinguíam as provas ilícitas das ilegítimas, concebendo como prova ilícita tanto aquela que viole disposições materiais como processuais” (CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 301).

constitucional de proteção das liberdades públicas, e, de outro, como um regramento processual delimitando os mecanismos para realização de um meio de prova ou de obtenção de prova”²⁹⁹.

Cabe salientar que dentre os direitos fundamentais, cuja violação caracteriza uma “prova ilícita”, devem estar incluídos os de natureza processual e os direitos do acusado. Assim, podemos considerar como suas proteções essenciais o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a presunção de inocência, a motivação das decisões judiciais, a publicidade dos atos processuais, o sistema acusatório, etc.

Nessa mesma linha, verificamos Nereu José Giacomolli: “quando a metodologia ou a técnica de busca da prova limitar a liberdade moral da pessoa produz resultados inadmissíveis, pois se insere no gênero ‘prova ilícita’, por violação ao devido processo legal, que é um processo ético, respeitador dos direitos humanos”³⁰⁰. Para ele, a inadmissibilidade da prova ilícita fundamenta-se na “maximização dos direitos fundamentais e no reconhecimento de elementos como prova, quando obedecerem às regras legais transparentes”³⁰¹.

Quanto às consequências jurídicas na configuração de uma “prova ilícita”, segundo Gustavo Badaró, temos o seguinte: “os meios de prova obtidos ilicitamente são inadmissíveis no processo, e, se nele indevidamente ingressarem, devem ser desentranhados. Em um ou em outro caso, jamais poderão ser valorados pelo juiz”³⁰².

Podemos citar como exemplos de “prova ilícita”: o elemento de prova colhido mediante coação física ou psíquica, ou o elemento de prova cuja obtenção exige procedimento específico como ocorre no procedimento da busca e apreensão³⁰³, da interceptação telefônica³⁰⁴, da infiltração de agentes³⁰⁵. Se em qualquer desses casos se comprovar violação na colheita dos elementos de prova antes do início do processo, deverão ser inadmitidos, mas caso eles já tenham ingressado nos autos, deverão ser desentranhados. Em qualquer dessas situações, busca-se a proibição de valoração da prova ilícita.

²⁹⁹ BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. *Processo* cit., p. 288.

³⁰⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 38.

³⁰¹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas* cit., p. 38.

³⁰² BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. *Processo* cit., p. 289.

³⁰³ A busca e apreensão está disciplinada nos artigos 240 a 250 do Código de Processo Penal.

³⁰⁴ A interceptação telefônica está disciplinada pela Lei especial 9.296/96.

³⁰⁵ A infiltração de agentes está disciplinada pela Lei 12.850/13, nos artigos 10 ao 14.

É também “prova ilícita” se o meio de prova for produzido contrariamente à lei: por exemplo, se houver a inversão da ordem de produção da prova testemunhal e ela se tornar irrepetível, essa prova ilícita deverá ser desentranhada do processo. Ou, ainda, se houver a inclusão de uma “prova anômala”³⁰⁶ no processo, a transmutação da finalidade de uma prova em outra não deixa de ser uma ilicitude, portanto, é uma “prova ilícita” e deve ser desentranhada dos autos.

Um último exemplo: se o assistente da acusação, respaldado nos termos dos artigos 268 a 273 do Código de Processo Penal, em procedimento de apuração de ato infracional do Estatuto da Criança e do Adolescente, interpõe recurso com objetivo de demonstrar situação fática diversa baseada na juntada de provas documentais, nos termos do artigo 231 do Código de Processo Penal, se forem admitidas no processo e produzidas, deverão ser desentranhadas.

Isso porque se trata de “prova ilícita” pelos seguintes motivos: não há previsão legal no ECA de atuação do assistente da acusação e sendo a Lei 8.069/90 especial em relação ao Código de Processo Penal, aquela prevalece sobre este. Corroboram esse entendimento os julgados do Superior Tribunal de Justiça, REsp 605.025/MG, Rel. Min. Gilson Dipp e REsp 1.044.203/RS, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. A ilegitimidade recursal do assistente da acusação ficou reconhecida nos casos de apuração de atos infracionais do ECA, diante da falta de previsão legal. Assim, qualquer prova juntada e produzida, por intermédio de recurso a requerimento de assistente da acusação nesse procedimento especial, trata-se de uma prova ilícita porque fere a legalidade de norma infraconstitucional no âmbito probatório.

O conceito amplo, portanto, de “prova ilícita” está plenamente de acordo com a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas obtidas mediante violação legal que consta no inciso LVI, artigo 5º, da Constituição Federal, sobretudo porque a norma-regra dispõe um “dever-ser” de proibição contra qualquer ilicitude no processo, conforme já apresentado³⁰⁷.

³⁰⁶ “Prova anômala”, segundo Gustavo Badaró, é aquela prova típica, “utilizada ou para fins diversos daqueles que lhes são próprios, ou para fins característicos de outras provas típicas” (BADARÓ, Gustavo. *Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha*. In. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 344-346). Por exemplo, a produção da prova testemunhal está disciplinada nos artigos 202 a 225 do Código de Processo Penal; contudo, se transmutada em prova documental mediante a declaração dessa testemunha produzida em gabinete do promotor de justiça, ou no escritório de advocacia, ou em qualquer local diverso da audiência e sem o seguimento dos trâmites legais e na presença do juiz, não pode ser admitida como prova. Isso porque se trata de uma prova ilícita, haja vista desviada para fins diversos dos legais e com a supressão do direito da parte contrária de inquirir a testemunha (supressão da plenitude de defesa, do direito à prova).

³⁰⁷ Vide Capítulo 3, item 1.

No tocante às provas ilícitas por derivação, o legislador infraconstitucional concretizou o que vinha sendo aplicado pelas doutrina e jurisprudência³⁰⁸: a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação. Afinal, tratar-se-ia de uma contaminação de um elemento de prova aparentemente lícito, mas ilícito porque advindo de uma ilicitude que lhe é originária.

Deste modo, o texto promulgado sob a Lei 11.690/08 deixou clara a intenção do legislador infraconstitucional em seguir a teoria ampla da ilicitude da prova, que está de acordo com a norma-regra constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita obtida, diretamente ou indiretamente, mediante violação legal.

Além do mais, foi adiante inovando e finalmente trouxe para o texto legal o conceito de proibição das provas ilícitas por derivação, porém falhou ao buscar introduzir o conceito das exceções às provas ilícitas por derivação estadunidense, conforme explicaremos em item próprio³⁰⁹.

2.3. Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009 - Reforma do Código de Processo penal (Anexo II)

O Projeto de Lei nº 156 de iniciativa do Senado Federal tem o objetivo de reformar por completo o Código de Processo Penal de 1941. Foi recebido pela Câmara dos Deputados em 22/12/2010 e convertido no Projeto de Lei nº 8.045/10 para tramitação nesta Casa Legislativa.

Nesse tempo, requereu-se a formação de Comissão Especial para auxílio da Câmara dos Deputados na emissão de pareceres e emendas sobre o projeto, mas até a data de 13 de fevereiro de 2014 não havia sido criada.

Cumpre apontar que as redações do Projeto de Lei do Senado nº 156/09 e do Projeto de Lei nº 8.045/10 foram retrógradas, pois excluíram as significativas inovações trazidas pela Lei 11.690/08 para o Código de Processo Penal, senão vejamos.

³⁰⁸ Vide Capítulo 1, item 3.4.

³⁰⁹ Vide Capítulo 3, item 3 infra.

2.3.1. Do trâmite no Senado

O Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, chamado de “Reforma do Código de Processo Penal”, foi submetido ao Plenário do Senado em 20 de abril de 2009.

A Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal foi formada por: Hamilton Carvalhido, Eugênio Pacelli de Oliveira, Antônio Correa, Antônio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar, Tito Souza do Amaral.

O artigo 164 é relativo à ilicitude da prova foi redigido como segue::

“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”³¹⁰.

Posteriormente, em 27 de outubro de 2009, o Senador Valter Pereira propôs a alteração da redação desse artigo para o seguinte:

“Art. 164. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

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

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

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

§ 4º É suspeito, e não poderá atuar no processo, o juiz que, de qualquer modo,

³¹⁰ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58827&tp=1> [Acesso em 05/03/2014].

tiver contato com a prova ilícita ou dela derivada, assim por ele declarada ou assim afirmada pelo Tribunal, em grau recursal”³¹¹.

A justificativa seria a não abordagem do texto inicial proposto das provas ilícitas por derivação, que também deveriam ser desentranhadas dos autos e incineradas após o trânsito em julgado da decisão que declarar sua nulidade.

O Senador Valter Pereira afirmou, também, que deveria ser inclusa norma que declarasse a suspeição do juiz que teve qualquer contato com a prova ilícita, uma vez que, nesse caso, o mero desentranhamento ou destruição da prova, não retiraria seu poder de influenciar no convencimento do magistrado. Lembrando-se que o parágrafo quarto do artigo 157 da Lei 11.690/08 teve seu conteúdo vetado e tratava sobre esse mesmo assunto.

Entendemos que o Senador Valter Pereira buscou reproduzir a redação atualmente vigente no Código de Processo Penal. Houve a repetição do texto resultante da Reforma pela Lei 11.690/08 com o acréscimo do parágrafo quarto, outrora vetado pela Presidência da República.

Contudo, não aproveitou o momento oportuno para propor melhorias ao texto vigente, como a melhor explicação da exceção da prova ilícita por derivação pela fonte independente e da descoberta inevitável, ou o acréscimo da teoria da descoberta inevitável ou do nexa causal atenuado.

Em 15 de dezembro de 2009, o Parecer Final nº 2.630, de 2009, da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, finalizou o artigo 164 da seguinte forma:

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

§ 1º A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.

§ 2º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexa de causalidade entre uma e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 3º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação criminal, seria capaz de conduzir

³¹¹ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=68219&tp=1> [Acesso em 05/03/2014].

ao fato objeto da prova”³¹².

Em 08 de dezembro de 2010, foi aprovada em Plenário a Redação Final do Projeto de Lei do Senado 156 de 2009, sob a forma do Parecer 1.636 de 2010, no qual ficou definido o artigo 167, relativo à ilicitude da prova, da seguinte forma:

“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 arquivada sigilosamente em cartório”³¹³.

Em 23 de março de 2011, o Projeto de Lei do Senado nº 156/09 foi enviado à Câmara dos Deputados para revisão.

2.3.2. Do trâmite na Câmara dos Deputados

Recebido o Projeto de Lei do Senado 156/09 na Câmara dos Deputados, foi convertido no Projeto de Lei nº 8.045/10, mas não constituída Comissão Especial para emissão de pareceres e emendas sobre o projeto.

O texto legal sobre a prova ilícita ficou assim definido:

“Art. 158. 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”³¹⁴.

³¹² Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=71717&tp=1> [Acesso em 05/03/2014].

³¹³ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1> [Acesso em 05/03/2014].

³¹⁴ http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=827180&filename=Tramitacao-PL+8045/2010 [Acesso em 05/03/2014]

Em 05 de novembro de 2013, a apresentação do requerimento de tramitação conjunta do Projeto de Lei nº 5.776, de 2013³¹⁵ e do Projeto de Lei 8.045, de 2010 foi feita sob argumento de ambos tratarem de proposições que regulam matérias idênticas e correlatas do Código de Processo Penal.

Até a data de 13 de fevereiro de 2014, não havia sido criada Comissão Especial destinada à análise do Projeto de Lei de iniciativa do Senado para emissão de pareceres e emendas sobre o projeto³¹⁶.

Cabe apontar que o texto normativo relativo à prova ilícita descrito no artigo 158, do Projeto de Lei nº 8.045/10, representa grande retrocesso legislativo.

Isso porque o legislador infraconstitucional não somente excluiu o conceito amplo de “prova ilícita” trazido pela Lei 11.690/08, como também sequer fez menção à aplicação de qualquer das exceções às provas ilícitas por derivação.

Ainda, no parágrafo único, quando anuncia que uma prova será “declarada inadmissível”, esta não seria desentranhada, mas sim inadmitida, pois nem teria ingressado nos autos. Diferente de uma prova inadmissível incluída nos autos, esta sim deverá ser desentranhada do processo.

A incerteza que persiste é o arquivamento do elemento de prova inadmitido, ou do desentranhado dos autos. Não temos qualquer menção ao recurso cabível contra essa decisão, tampouco se esse arquivamento poderá ter a participação das partes para acompanhamento desse incidente.

Enfim, o enunciado normativo é diminuto e retrógrado. Esperamos que esse texto ainda sofra muitas modificações para adequar ao conceito amplo de “prova ilícita” inaugurado pela Lei 11.690/08; que as provas ilícitas por derivação sejam explicitamente proibidas; que seja aproveitado o momento para se corrigir a redação das exceções às provas por derivação pela fonte independente e pela descoberta inevitável; e que as consequências jurídicas no caso de obtenção de provas ilícitas e suas derivadas estejam bem delineadas.

³¹⁵ O Projeto de Lei nº 5.776, de 2013, define a investigação criminal no Brasil, em especial a atuação conjunta da Polícia Judiciária e do Ministério Público, bem como as formas de interação deste com os órgãos técnicos que colaboram com a apuração das infrações penais.

³¹⁶ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263> [Acesso em 05/03/2014].

3. A Lei 11.690/08 e as exceções às provas ilícitas por derivação no Código de Processo Penal

As exceções às provas ilícitas por derivação anunciadas na Lei 11.690/08 são, na verdade, a quebra do nexos causal entre a prova ilícita originária e a prova “lícita” dela derivada, tornando esta livre de vícios da contaminação pela ilicitude inicial.

Conforme já demonstrado³¹⁷, a doutrina e a jurisprudência estadunidense criaram e consolidaram três exceções que afastam a “teoria dos frutos da árvore envenenada”: a exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente (*independent source*); a exceção à prova ilícita por derivação pela descoberta inevitável (*inevitable discovery*); e a exceção à prova ilícita por derivação pela conexão atenuada (*attenuated connection*).

Dessa forma, o legislador infraconstitucional, visando adotar tais mecanismos que afastam a aplicação da teoria da prova ilícita por derivação, buscou positivar algumas das exceções à prova ilícita por derivação estadunidense, que serão ora estudadas.

3.1. Exceção à prova ilícita por derivação pelo nexos causal atenuado

O legislador infraconstitucional dispôs no início do parágrafo primeiro, do artigo 157, do Código de Processo Penal: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras”. Ora, se um elemento de prova lícito não estiver relacionado ao outro ilícito, obviamente aquele não será contaminado por este, logo aquele poderá ser admitido no processo e este não. Assim, segundo essa redação, apenas temos o óbvio³¹⁸.

Todavia, resta a questão: teria o legislador infraconstitucional intencionado adotar a exceção à prova ilícita por derivação pelo nexos causal atenuado?

³¹⁷ Vide Capítulo 2, item 1.5.2.

³¹⁸ Na visão de Aury 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 (obviamente, se ficar evidente a independência, não há que se anular as demais provas). Isso significa uma inversão completa do tratamento do nexos causal em relação àquele empregado pelos tribunais, em que a prova somente é anulada por derivação se ficar inequivocamente demonstrada a contaminação, admitindo-se todo tipo de ginástica argumentativa para salvar a prova (contaminada)”. Assim, para ele, salvo se demonstrar inequivocamente a independência, as provas subsequentes deverão ser anuladas por derivação. (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 5ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 597)

Como já demonstrado³¹⁹, a teoria do nexo 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.

Em outras palavras, ocorre quando um determinado elemento de prova já está contaminado pela ilicitude da prova da situação que o gerou (da prova ilícita originária), mas um acontecimento posterior expurga esta contaminação permitindo seu aproveitamento. Assim, o nexo de causalidade entre os elementos existe, mas é abrandado.

Nas explicações de Nereu José Giacomolli, “mesmo estabelecido o nexo causal entre a ilicitude e a licitude, este vínculo é atenuado ou quebrado pela interferência livre e voluntária de alguém (interceptação telefônica ilegal e posterior depoimento confirmatório ou confissão do suspeito), desde que tenha havido uma advertência qualificada, isto é, ciência da inadmissibilidade da prova anterior”³²⁰.

Para Guilherme Madeira Dezem, a teoria do nexo causal atenuado (ou da *contaminação expurgada, conexão atenuada ou vício diluído*) “acabou por ser positivada com a reforma processual dada pela Lei 11.690/08 nos termos descritos pelo parágrafo primeiro do artigo 157, quando admite a prova ilícita por derivação se não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras”³²¹.

Para Andrey Borges Mendonça, por sua vez, há dúvidas quanto à adoção dessa teoria quando afirma: “Não restou clara a adoção pelo legislador, pois (...) há um certo nexo – embora distante – entre a prova colhida e a ilícita. Certamente o caso concreto e a jurisprudência poderão confrontar-se com situações em que o nexo seja tão distante entre a prova ilícita e a prova obtida que se poderia pensar em um afastamento (ao menos normativo) deste nexo. A depender do caso concreto, a teoria da contaminação expurgada poderia ser enquadrada na hipótese ampla do § 1º do art. 157”³²².

Nosso posicionamento, com todo respeito, é oposto aos dois. O legislador infraconstitucional não adotou essa teoria e caso se referisse ao conceito estadunidense da exceção da prova ilícita por derivação pelo nexo causal atenuado (ou vício diluído), deveria ter construído outro texto normativo.

³¹⁹ Vide Capítulo 2, item 1.5.2.

³²⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas cit.*, p. 39.

³²¹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008, p. 137. Segue esse posicionamento Norberto Avena (AVENA, Norberto. *Processo penal cit.*, p. 466).

³²² MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. 2ªed. São Paulo: Método, 2009, p. 172.

Se houvesse o escopo de adotar essa teoria, o legislador infraconstitucional deveria expor os requisitos cumulativos para demonstrar tal intenção³²³. São eles: a *sequência de tempo*; as *circunstâncias interferentes*; a *magnitude da inconduta funcional*; e a *escolha voluntária*.

A *sequência de tempo* exige um prolongado lapso temporal entre a ilegalidade primária e o elemento de prova questionado por último (as provas derivadas). Existe certa distância em relação à imediatidade entre o elemento contaminado e os seus derivados a ponto de se atenuar, diluir ou eliminar a ilicitude primária.

Evidentemente não podemos considerar o tempo dispendido, por exemplo, de um inquérito policial em uma Delegacia de Polícia, mas a sequência de tempo entre diversos fatos, atos, outras investigações ocorridas entre a ilicitude primária e a derivada.

As *circunstâncias interferentes* são a quantidade e a natureza dos fatores lícitos intervenientes entre a ilicitude original e a última do elemento de prova, que devem ser levadas em consideração para a procedência da limitação da regra de exclusão pela dissipação do veneno da ilegalidade.

Os fatores lícitos ocorridos no ínterim entre a ilegalidade primária e o elemento de prova derivado questionado por último servem como forma de atenuação ou descontaminação da ilicitude que propaga a contaminação.

Nos termos de Ricardo Jacobsen Gloeckner, “os mecanismos de litude que se desencadeiam a partir da primeira prova ilícita e as demais que se seguem são instrumentos de interpretação da extensão da contaminação. Se houver a consolidação de provas subsequentes realizadas e colhidas de forma lícita, a própria transmissão da ilicitude poderá ser barrada”³²⁴.

A *magnitude da inconduta* (má conduta) *funcional* indica que o propósito e a intensidade da primeira ilegalidade são relevantes para levar em consideração a “dose do veneno” que pode transmitir ao elemento de prova seguinte, é a relevância da ilicitude originária. Mede-se em função da utilidade da exclusão para dissuadir a má conduta do agente estatal.

Segundo Ricardo Jacobsen Gloeckner, “mediante esta circunstância atenta-se para o propósito e a intensidade da primeira ilegalidade, concluindo-se pela sua relevância para se

³²³ Vide os casos da jurisprudência norte-americana: *Nardone v. United States* (1939) (Capítulo 2, item 1.5.2.1.); e *Wong v. United States* (1963) (Capítulo 2, item 1.5.2.3).

³²⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades* cit., p. 414.

avaliar a transmissão da ilicitude subsequente. Aqui, uma prova ilícita subsidiária não teria o condão de tornar válida uma prova subsequente absolutamente central”³²⁵.

Por derradeiro, a *escolha voluntária* ocorre quando a cadeia de fatos abarca uma decisão voluntária de alguém para cooperar com a investigação, como nas buscas e apreensões ilegais. É a cooperação mediante decisão livremente consentida, ocasionando a quebra do elo entre ilicitude originária e sua transmissão aos elementos de prova derivados.

A origem da teoria do nexo causal atenuado estadunidense está no caso *Wong Sun v. United States* (1963)³²⁶. A ilicitude inicial da prova ocorreu quando agentes policiais adentraram no domicílio sem qualquer “causa provável” de Hom Way, após terem-no vigiando por semanas, em busca de entorpecentes. Hom Way informou a compra das drogas de James Wah Toy, que foi ilegalmente apreendido e confessou ter adquirido de Wong Sun, que foi preso.

Wong Sun, dias depois e em liberdade, resolveu voluntariamente retornar à delegacia e confessar ter cometido o crime de tráfico de entorpecentes. A Suprema Corte condenou Wong Sun pelo delito e rejeitou a sua prisão inicial, mas embasou-se pela sua confissão voluntária, pois esta havia sido realizada com conhecimento de seus direitos e após um espaço longo de tempo, que teriam dissipado a mácula.

Nessa linha, todos os casos paradigma dos países que seguem a teoria do nexo causal atenuado possuem o mesmo padrão³²⁷: o acusado voluntariamente e conhecendo seus direitos, após transcorrido certo período de tempo entre as ilicitudes, confessa o crime. Essa confissão voluntária, a grande quantidade de eventos no curso da cadeia existente entre a prova ilícita e a dela posteriores, e o tempo são fatores decisivos da descontaminação/atenuação da (des)conexão entre as provas.

Assim sendo, a redação do parágrafo primeiro do artigo 157 não nos remete à exceção das provas ilícitas por derivação pelo nexo causal atenuado. O enunciado normativo apenas tratou de uma certeza: a de que são lícitos os elementos de prova obtidos sem nexo causal em relação a outros elementos de prova ilícitos.

Portanto, se não estão interligados, não haveria razão de um contaminar o outro pela ilicitude. Afinal, se ambos os elementos de prova não estão vinculados, não se trataria obviamente de prova derivada, tampouco da exceção à prova ilícita por derivação pelo nexo causal atenuado.

³²⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades* cit., p. 414.

³²⁶ Vide Capítulo 2, item 1.5.2.3.

³²⁷ Vide Capítulo 2, itens 2.1.2.1; 2.2.1; 3.1.2.1.

Segundo Antônio 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”³²⁸.

Antônio Magalhães Gomes Filho, no tocante ao nexo 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”³²⁹.

Segue essa linha Marcos Alexandre Zilli quando afirma que o intuito do legislador no artigo 157, parágrafo primeiro do CPP era para deixar claro que a mitigação da conexão tênue não é admitida no sistema brasileiro; caso contrário, a redação legal seria absolutamente dispensável. Assim, “somente a ausência completa de causalidade é que obsta a contaminação. Configurado um vínculo, ainda que remoto, o vício se propaga e a inadmissibilidade probatória amplia seus horizontes”³³⁰.

Enfim, nesse ponto ficou claro que o legislador infraconstitucional não se aproximou sequer da exceção à prova ilícita por derivação pelo nexo causal atenuado. Houve apenas a tentativa de afirmar que o nexo de causalidade geraria a contaminação da ilicitude e, sem esse nexo, haveria independência dos elementos de prova.

Desse modo, 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; em sendo omissa, presume-se não ser admitida em nosso ordenamento jurídico vigente.

³²⁸ SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 87.

³²⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Provas*. In: *As reformas cit.*, p. 268.

³³⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *O pomar e as pragas*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, jul. 2008, p. 03.

3.2. Exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente

No tocante à exceção da prova ilícita por derivação pela fonte independente, inexistente a fática relação de causalidade, dependência lógica ou temporal; ou seja, a prova que não está relacionada com os fatos que originaram a produção do elemento de prova contaminado.

Assim, fica evidente que esta limitação à teoria dos frutos da árvore envenenada se baseia na desconexão causal entre a prova ilicitamente obtida e a prova que se admite no processo, mas ambas resultariam no mesmo fim.

Antônio Magalhães Gomes Filho explica que na hipótese de haver fonte independente, “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”³³¹.

Segue essa noção Guilherme de Souza Nucci quando afirma ser a fonte independente critério isolante para a derivação, ou seja, algo que pode ter dupla origem: “A deriva de B e de C, em visão alternativa (A deriva de B e C, mas poderia derivar somente de B ou somente de C). Assim sendo, se B for considerada prova ilícita, A não está contaminada por derivação. Afinal, A deriva também de C – e somente isto já é causa suficiente para sua existência. Logo, adquire sua limpidez da fonte independente e lícita, que é C”³³².

Para Paulo Rangel, “*fonte independente de prova (FIP)* é o que até então a jurisprudência chamava de *fonte absolutamente independente (PAI)*, ou seja, aquela que não tem conexão nenhuma com a prova ilícita e que, independentemente da ilícita, nós chegaríamos nela pelos atos normais de investigação”³³³.

Igualmente se posiciona nessa linha Ricardo Jacobsen Gloeckner quando afirma que a “limitação da fonte independente é uma teoria de apontamento de quebra do nexo causal entre as provas ilícitas e as lícitas, tendo como resultado prático a salvaguarda dos atos processuais não contaminados”³³⁴. Assim, se a manutenção de tais atos e material probatórios for suficiente para o juízo condenatório, estará o magistrado autorizado a reconhecer a procedência da peça acusatória.

³³¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Provas cit.*, p. 268.

³³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34.

³³³ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 19ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 460.

³³⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades cit.*, p. 403.

Vejamos no seguinte exemplo³³⁵: na hipótese da ocorrência de um crime de estupro seguido de morte dos artigos 213 e 121, do Código Penal. Houve a colheita de material genético do agressor no corpo da vítima, testemunhas descrevem o suspeito e dá-se início à sua busca com base em retrato falado. Dias depois, policiais identificam o suspeito, apreendem-no e em sede policial, obtêm, contra sua vontade, material sanguíneo para comparação genética que confere com o colhido no corpo da vítima.

Posteriormente, em interrogatório policial, o suspeito acompanhado de seu defensor bebe um copo d'água e vale-se do direito de se manter calado. O delegado de polícia recolhe o copo e consegue amostras de material genético do suspeito que confere com o obtido no corpo da vítima.

Nesses dois eventos, temos o mesmo resultado: a incriminação do suspeito de crime de estupro seguido de morte. No primeiro caso, temos uma prova ilícita que não poderá ser utilizada, pois a identificação do suspeito fora feita de forma ilegal. No segundo caso, temos uma fonte independente da prova ilícita que permite a imputação do indivíduo pelos crimes cometidos, permitindo, portanto, a condenação válida.

No julgado estadunidense que fixou o conceito da teoria da fonte independente, *Caso Bynum v. Unites States* (1960)³³⁶, percebemos a obtenção de elementos de prova viciados, pois colhidos sem autorização judicial, e outros elementos de prova outrora legalmente colhidos e arquivados. Ambos serviriam para embasar a imputação criminal, mas somente o segundo serviu de base para acusação porque obtido de uma fonte independente lícita ao caso, mas que firmou o liame entre o imputado e o crime.

Para o caso argentino paradigma que segue a teoria do julgado estadunidense³³⁷, houve a contaminação da prova condenatória pela ilicitude quando obtida mediante tortura em sede policial, mas a outra foi obtida de forma lícita e independente. Somente esta pôde ser utilizada para comprovação do liame entre o imputado e o crime, assim, embasar condenação criminal.

³³⁵ Norberto Avena cita o seguinte exemplo para esse caso: “Considere que a testemunha “João”, ouvida na fase do inquérito e arrolada pelo Ministério Público na denúncia, seja impugnada pela defesa sob o fundamento de que foi descoberta no curso do inquérito em razão de uma interceptação telefônica desautorizada. Aceita a impugnação pelo juiz, dita testemunha vem a ser excluída. Considere-se, porém, que, durante a instrução processual, o nome João venha a ser referido por outra testemunha, esta lícitamente arrolada. Nada impede, neste caso, que o juiz proceda à oitiva de João, cujo nome, agora, surgiu de uma fonte completamente independente, sem nenhuma relação de causa e efeito com a interceptação telefônica clandestina antes realizada” (AVENA, Norberto. *Processo penal* cit., pp. 465-466).

³³⁶ Vide Capítulo 2, item 1.5.2.2.

³³⁷ Vide Capítulo 2, item 3.1.2.2.

Desta feita, 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 probatória à acusação. Assim, permite-se a inclusão de elementos de prova que tenham sido descobertos por meio totalmente independentes de qualquer violação legal³³⁸.

O efeito prático na adoção da teoria da fonte independente estadunidense está na desnecessidade de anulação de toda a instrução criminal, uma vez que se poderia utilizar a prova lícita e apenas descartando-se a ilícita. Assim, o juiz poderá sem sombras de dúvidas firmar sua convicção nos elementos de prova advindos pela fonte independente e decidir.

Enfim, busca-se, com essa teoria, uma condenação legítima e embasada em material probatório não contaminado no processo em razão da desvinculação do nexo causal pelos elementos de prova obtidos por fonte independente.

Em eventual aplicação dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro, Guilherme Madeira Dezem faz importante ressalva: “embora a teoria seja razoável, entendemos que se mostra amplamente temerária sua adoção no sistema brasileiro. Isto porque a experiência democrática brasileira ainda é recente e não pode se comparar com a experiência norte-americana”³³⁹.

Compartilhamos seu receio, porém entendemos que a questão principal a se resolver não se trata tão-somente da experiência democrática, Trata, principalmente, da falta de comprometimento do legislador ordinário em seguir fielmente a essência das doutrinas estrangeiras adotadas, ao transformá-las em texto normativo, e do próprio aplicador do direito, no respeito aos ditames legais e aos direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, a exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente apenas deve ser aplicada se suas origens estadunidenses forem seguidas, caso contrário, essa exceção se transforma em uma maneira de se admitir ilegalidades. Devemos ter a consciência de que o elemento de prova é lícito porque obtido de uma fonte totalmente diversa da contaminada, havendo, pois, a quebra da ilicitude.

Assim, o Tribunal que analisa a ilicitude da prova e seu nexo com os elementos de prova dela possivelmente derivados deve desentranhar as provas ilícitas, anular a decisão

³³⁸ Vide Capítulo 2, itens 1.5.2.2., e 1.5.2.5.

³³⁹ Guilherme Madeira Dezem cita o caso Murray (Vide Capítulo 2, item 1.5.2.5.) se adotado no Direito brasileiro, assim, “caso adotada a mesma solução, os eventuais abusos policiais que poderiam ser cometidos. Pensamos que há necessidade, primeiramente, de formação firme de cultura jurídica constitucional para, então, pensar na aplicação desta teoria” (DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova* cit., p. 134).

que se valeu desse conjunto probatório e remeter ao órgão inferior para novo julgamento com base nos elementos probatórios lícitos e disponíveis.

Assim, desde que seguidos esses argumentos, entendemos que a exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente, do artigo 157 do Código de Processo Penal, torna-se plenamente aplicável no ordenamento jurídico pátrio.

3.3. Exceção à prova ilícita por derivação pela descoberta inevitável

No tocante à exceção da prova ilícita por derivação pela descoberta inevitável (ou fonte independente hipotética)³⁴⁰, admite-se o elemento de prova ainda que presente a eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas ilícita e descoberta.

Em outras palavras, ocorre quando a prova derivada de uma prova ilícita seria certamente descoberta pela própria continuidade das investigações. Adota-se um juízo hipotético com alta probabilidade de ocorrência do fato.

Segundo Thiago Pierobom de Ávila, “essa exceção normalmente tem aplicação quando não existe uma prova autônoma anterior à prova ilícita, pois, nesse caso, é diretamente aplicável a exceção da fonte independente”³⁴¹.

Antônio Magalhães Gomes Filho explica que “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”³⁴².

Conforme Guilherme Madeira Dezem, para a teoria da descoberta inevitável, o exercício mental é puramente hipotético, isto é, parte-se “da análise abstrata do caso, sem necessidade de que, concretamente, haja presença da fonte de prova lícita”³⁴³.

Para Maximiliano Hairabedián, a teoria da descoberta inevitável estadunidense deve seguir dois requisitos indispensáveis, com os quais concordamos. O primeiro é que o vício da prova ilícita não seja daqueles que afetem valores morais fundamentais, ou seja, os reconhecidos como garantias constitucionais que não podem ser restringidas sequer por ordem de autoridade (exemplo: confissão mediante tortura).

³⁴⁰ Vide Capítulo 2, item 1.5.2.4.

³⁴¹ ÁVILA, Thiago Pierobom. *Provas ilícitas* cit., p. 268.

³⁴² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Provas* cit., p. 268.

³⁴³ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova* cit., p. 136.

O segundo requisito é que haja certeza sobre o posterior descobrimento, não se podendo aplicar a exceção quando se houver dúvidas sobre sua eventual ocorrência³⁴⁴. Isso porque nesse segundo caso, havendo dúvidas, devemos nos valer do princípio do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência.

A adoção de tais requisitos, a nosso ver, faz com que o Estado, ou o particular, não tenha chance de se aproveitar de seus próprios ilícitos alegando em todas as situações ser a obtenção do elemento de prova hipoteticamente factível. Isso porque exige-se uma certeza de que o elemento de prova seria descoberto, caso contrário o elemento de prova ilícito não poderia ser utilizado.

Ainda, a exceção deveria somente ter efeito nos casos em que a possibilidade do descobrimento não seja conhecida para o agente que obteve a prova ilícita, caso contrário, o indivíduo, sabendo dessa possibilidade, pode valer-se dela para buscar “atalhos” ilegais na investigação.

Por exemplo, a informação obtida por uma interceptação telefônica que fora resultante de uma violação ao direito de privacidade das comunicações que, por si só, deveriam ser excluída do processo, mas foi incorporada porque a polícia já possuía em marcha uma investigação paralela que haveria conduzido inevitavelmente ao descobrimento desses fatos³⁴⁵.

No julgado estadunidense que fixou o conceito da descoberta inevitável, Caso *Nix v. Williams* (1984)³⁴⁶, houve a disponibilização da informação colhida mediante tortura durante interrogatório policial, que foi utilizada para descoberta do objeto de investigação. E, ao mesmo tempo, uma grande equipe de busca estaria muito próxima do local indicado sem ter tido contato com a informação obtida ilicitamente. Assim, a descoberta do objeto de investigação ocorreria inevitavelmente, sem que necessitasse de fato da fonte contaminada.

Marina Gascón Abellán rejeita essa teoria porque se baseia em um juízo meramente conjectural ou hipotético, ou seja, no que poderia ter ocorrido, mas não ocorreu. Por isso é dificilmente admissível porque desvirtua a perspectiva do direito à presunção de inocência, uma vez que converte dados ilícitos como se obtidos de forma lícita³⁴⁷.

³⁴⁴ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba* cit., p. 203.

³⁴⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Freedom* cit., p. 82.

³⁴⁶ Vide Capítulo 2, item 1.5.2.4.

³⁴⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Freedom* cit., p. 82.

Nessa mesma linha, Ricardo Jacobsen Gloeckner exclui a teoria pelo fato de se vincular a admissibilidade da prova ilícita a uma hipótese futura obtenção da prova que anula principalmente a presunção da inocência. E questiona: “Como se sustentar que alguém ao mesmo tempo possa ser considerado inocente e ao mesmo tempo, resguardar-se pretensão acusatória embasada em hipótese de futura prova que sequer foi produzida?”³⁴⁸. Responde dizendo que ocorre uma subversão à inadmissibilidade da prova ilícita que é afastada pela mera hipótese de provável colheita do material probatório.

Todavia, adotamos a postura mais ponderada de Maximiliano Hairabedián quando defende 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 derogue os direitos dos cidadãos de estarem livres³⁴⁹.

Com razão, afinal, nessa teoria lidamos apenas com presunção de probabilidade de colheita de uma prova perfeitamente lícita. A acusação precisaria demonstrar que estaria na iminência de obtenção daquele mesmo elemento de prova por outros meios sãos. Existiria uma construção indutiva a fim de comprovar a descontaminação pela ilicitude.

Ainda, os agentes dos meios lícitos e ilícitos não poderiam saber um da investigação do outro, sob pena de invalidar essa condição da exceção pela descoberta inevitável. Afinal, a presunção de probabilidade não deve ser algo preparado, mas sim de fato certo a ocorrer.

Entendemos, assim, que a exceção à prova ilícita por derivação pela descoberta inevitável seria perfeitamente aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro se respeitadas as condições dos valores morais fundamentais e, sobretudo, se houver certeza de que o elemento de prova lícito a ser obtido seria realmente descoberto, à luz das investigações em paralelo e concomitantemente. Se não houver certeza, prevalecem o *in dubio pro reo* e o princípio da presunção de inocência.

³⁴⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades* cit., p. 412.

³⁴⁹ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba* cit., p. 79.

3.4. Equívocos do legislador na redação das exceções às provas ilícitas por derivação na Lei 11.690/08 e aplicação no caso concreto

Entendido que a “teoria da fonte independente” e a “teoria da descoberta inevitável” possuem conceitos diversos, demonstraremos que o legislador infraconstitucional as mesclou, de acordo com a redação da Lei 11.690/08, criando um terceiro gênero sem precedentes e de interpretação impossível dentro de padrões constitucionais.

A Reforma, ao tratar da exceção da prova ilícita por derivação pela *fonte independente*, citou-a no parágrafo primeiro, parte final³⁵⁰, e buscou defini-la no parágrafo segundo³⁵¹, ambos do artigo 157.

O equívoco do parágrafo primeiro está no simples termo “puderem ser obtidas”, pois isso permite a interpretação no sentido de que a mera possibilidade de um elemento de prova (derivado de um ilícito) ser obtido de forma lícita seguindo os “trâmites típicos e de praxe” o tornaria válido no processo, afastando sua ilicitude³⁵². De plano, depreendemos com uma redação inconstitucional, vejamos.

Conforme explicitado, não basta a mera possibilidade de obtenção, mas sim certeza de obtenção, caso se trate de uma exceção à prova ilícita por derivação da descoberta inevitável.

Como bem critica Nereu José Giacomolli, “não se trata de saber se a prova obtida foi adquirida com abstração ou não da árvore venenosa, mas de avaliar se, mesmo assim, essa prova seria hipoteticamente encontrada por meios jurídicos”³⁵³. E complementa que não é

³⁵⁰ “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 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**. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)” (grifos à parte).

³⁵¹ “§ 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**. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)” (grifos à parte).

³⁵² Antônio Magalhães Gomes Filho afirma que a disposição pela leitura de ambos os parágrafos, sobretudo pelo parágrafo segundo do artigo 157, abre portas para que, sob esses fundamentos, toda e qualquer prova derivada de outra ilícita venha a ser convalidada. “Pense-se, como exemplo, numa confissão obtida mediante tortura e na qual o suspeito indique o local em que se encontra uma prova documental. Realizada uma busca e apreensão, com mandado judicial e com observância de todas as formalidades, o documento é apreendido. Segundo o entendimento consagrado a respeito da inadmissibilidade da prova derivada, essa segunda prova será também ilícita, uma vez que tem como causa uma grave violação de direito fundamental” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Provas cit.*, p. 269).

³⁵³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas cit.*, p. 47.

qualquer curso causal hipotético que é admissível, mas o que tem alta probabilidade de ocorrer, em razão de circunstâncias fáticas demonstradas concretamente³⁵⁴.

Ainda, da maneira como está disposto o texto legal, segundo Antônio Scarance Fernandes, “permite ao magistrado no exame de ilicitude de uma prova derivada, afastá-la porque, segundo um juízo de probabilidade, a ela se poderia chegar por meios de investigação ou de instrução, normalmente utilizados mediante observância dos procedimentos estabelecidos em lei. Isso é perigoso, pois possibilita que, em qualquer hipótese, se avenge a viabilidade de a prova derivada ser atingida por forma lícita de investigação, embora ela tenha sido alcançada a partir de uma prova ilícita”³⁵⁵.

Assim, de acordo com esse enunciado normativo, havendo a simples possibilidade de obtenção da prova ilícita derivada por meios legais, o material poderá ser admitido. Aceitar isso é consagrar o esvaziamento das garantias constitucionais.

Ainda, no parágrafo segundo, o legislador infraconstitucional buscou conceituar “fonte independente” e inegavelmente se equivocou, pois uniu duas teorias (fonte independente e descoberta inevitável) tornando o texto normativo confuso e sem coerência.

O texto legal sancionado foi o seguinte: “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”.

Pelo descrito no texto normativo acima, o legislador infraconstitucional obviamente não tratou do conceito de “fonte independente”, mas sim da “descoberta inevitável”.

Antônio Magalhaes Gomes Filho explana que “parece ter havido aqui uma confusão do legislador entre as exceções da *fonte independente* e da *descoberta inevitável* (...), na situação de *inevitable discovery*, são as circunstâncias especiais do caso concreto (como no exemplo do encontro do cadáver) 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”³⁵⁶.

Nessa mesma linha, Gustavo Badaró deixa claro que a “regra legal, pretendendo definir a fonte independente, parece ter definido outra exceção, da descoberta inevitável,

³⁵⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas* cit., p. 47.

³⁵⁵ SCARANCE FERNANDES. Antônio. *Processo penal* cit., p. 88.

³⁵⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Provas* cit., p. 270.

fazendo-o, porém, em termos tão amplos que pode anular a própria regra geral da vedação das provas ilícitas derivadas”³⁵⁷.

Pois bem. Se o legislador infraconstitucional quisesse, de fato, manter a essência da teoria da exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente, deveria descrever o enunciado normativo com a noção de que o elemento de prova seria obtido de forma autônoma do elemento de prova viciado, logo o vício deste não contaminaria aquele. É legitimar uma condenação com elementos de prova não contaminados no processo.

Portanto, não haveria a necessidade de desentranhamento de todos os elementos de prova do processo, uma vez que, havendo o elemento de prova obtido por fonte independente, o magistrado estaria diante de dois elementos de provas: o lícito, obtido por fonte independente e desconexo à ilicitude (desnecessário desentranhamento); e o contaminado pela ilicitude (necessário desentranhamento). O juiz não poderia em nenhum instante firmar sua convicção embasada por elementos de prova derivados de outros ilícitos, mas os obtidos por fonte independente serviriam para tal fim sem excluí-los do processo.

Mas não. O legislador infraconstitucional permitiu com sua redação a obtenção de uma prova ilícita derivada tão contaminada quanto à originária. O elemento de prova obtido pela fonte independente, à luz das explicações deste trabalho, deve ser perfeitamente lícito e real, ou seja, não se faz uma inferência hipotética de que ele seria colhido.

Ao contrário do elemento de prova obtido pela descoberta inevitável. Este não deixa de ser uma prova ilícita por derivação, mas tendo em vista uma segunda investigação paralela e concomitante, haveria certeza de que ele seria colhido pelos trâmites legais. Isso o “descontaminaria”.

Dessa forma, o legislador infraconstitucional claramente se embaraçou com a redação do texto normativo em relação à teoria das exceções às provas ilícitas por derivação da descoberta inevitável estadunidense. Como dito, nesta há a presunção de probabilidade de colheita de um determinado elemento de prova, isto é, ainda que o elemento de prova não seja colhido pela via propriamente adequada, as circunstâncias fáticas claramente denotariam que seria “descoberto”. Haveria a iminência da posse de provas hábeis a suprir tal ilicitude.

³⁵⁷ BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 290.

Nessa hipótese, conforme já aventado por Antônio Magalhães Gomes Filho, “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”³⁵⁸.

Enfim, legislador infraconstitucional foi infeliz ao adotar as exceções às regras legais à prova ilícita por derivação da doutrina e jurisprudência estadunidense, pois sequer adotou alguma delas de forma correta.

Em outras palavras, se desejava adotar a exceção da prova ilícita por derivação pelo nexo causal atenuado³⁵⁹ como anteriormente demonstrado, não o fez. A exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente foi equivocadamente mesclada com a exceção da prova ilícita por derivação pela descoberta inevitável a ponto de tornar o enunciado normativo confuso e inaplicável, à luz das garantias constitucionais. Enfim, inconstitucional.

Entendemos, por fim, que se o aplicador do direito em situação concreta for se valer do texto normativo dos parágrafos primeiro (parte final) e segundo (“caput”), do artigo 157³⁶⁰, do Código de Processo Penal, sugerimos interpretar a norma separadamente, isto é, como duas exceções às provas ilícitas por derivação: pela fonte independente no primeiro caso e pela descoberta inevitável para o segundo caso.

Isso exige que haja a aplicação no sentido real da doutrina estadunidense quanto às exceções às provas ilícitas por derivação³⁶¹, pois as provas aparentemente contaminadas pelas provas ilícitas estariam sadias, portanto, passíveis de utilização e fundamentação no processo. Isso porque teria ocorrido a quebra do nexo causal entre a prova ilícita originária e a derivada.

Posicionamo-nos no sentido de que o legislador buscou a adoção de duas exceções às provas ilícitas por derivação, mas não soube como transpô-las para o texto normativo. Assim, mesclou-as indevidamente a ponto de tornar a redação do parágrafo segundo, do artigo, 157, confusa e inconstitucional.

³⁵⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Provas* cit., p. 268.

³⁵⁹ Vide Capítulo 2, item 1.5.2.3.

³⁶⁰ “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 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.** (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 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.** (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)” (grifos à parte).

³⁶¹ Capítulo 2, item 1.5.2.

Assim sendo, torna-se aplicável aos casos concretos apenas o parágrafo primeiro do artigo 157, do Código de Processo Penal, como exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente. Todavia, inconstitucional e inaplicável o parágrafo segundo que remeteria à exceção à prova ilícita por derivação pela descoberta inevitável.

Se esta segunda exceção, da maneira disposta no dispositivo processual penal, for aplicada, transformará a exceção em regra, pois restringirá a norma-regra constitucional do inciso LVI, artigo 5º. Será uma violação patente e inconstitucional sem qualquer respaldo legal. O correto seria a declaração de sua inconstitucionalidade pela via difusa ou concentrada pelo Poder Judiciário a fim de proporcionar segurança jurídica aos futuros aplicadores do direito e aos casos concretos.

Dessa forma, estaríamos de acordo com a norma-regra do inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal, que não admite qualquer restrição a tal direito fundamental. Permite-se unicamente elementos de prova colhidos sem ilicitude e conforme os princípios constitucionais da legalidade e do devido processo legal. E também estaria de acordo com a teoria ampla da ilicitude da prova que define a “prova ilícita” como qualquer elemento de prova obtido com violação legal, independentemente da natureza dessa norma.

Capítulo 4 – Exceções legais às provas ilícitas por derivação nos Tribunais brasileiros

Conforme explicitado no Capítulo 3, itens 2 e 3, o artigo 157 do Código de Processo Penal sofreu alterações significantes pela Lei 11.690/08 quando incluiu em seu texto normativo o conceito amplo de prova ilícita, a assunção da “teoria dos frutos da árvore envenenada” (prova ilícita por derivação) e a exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente.

Ao se considerar a prova, no âmbito do processo penal, como um instrumento que contribui para a convicção do magistrado na formação de seu convencimento, torna-se imprescindível limitar essa atividade para que se realize à luz da legalidade, do devido processo legal e todos outros direitos fundamentais. A prova ilícita é uma forma de barrar qualquer tipo de atividade probatória estranha a tais preceitos.

A discussão sobre provas ilícitas reside em controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais no tocante ao alcance da vedação constitucional. De um lado, existem aqueles que excluem a limitação da prova ilícita e permitem sua influência no processo quando convier³⁶². De outro lado, existem aqueles que não admitem qualquer prova ilícita no processo, salvo exceções à regra, isto é, situações nas quais existe a quebra do nexo casual entre a prova ilícita originária e a prova ilícita dela derivada, tornando esta segunda livre de vícios. Essa segunda corrente deve prevalecer, pois está de acordo com os direitos e garantias fundamentais, sobretudo com a norma-regra do inciso LVI do artigo 5º constitucional.

Como se pode evidenciar ao longo deste estudo, a Reforma legal promovida em relação ao tema das exceções às provas ilícitas por derivação deixou em aberto muitas arestas sobre sua aplicação, sobretudo pela má redação do texto normativo. Entendemos que o legislador infraconstitucional tentou incluir duas exceções à prova ilícita por derivação: pela fonte independente e pela descoberta inevitável.

Contudo, a redação legal ficou confusa a ponto de ser constitucional somente a adoção da prova ilícita por derivação pela fonte independente, pois o parágrafo segundo do artigo 157, ainda que remetido à fonte independente, mas relativo à descoberta inevitável, é

³⁶² É o caso de José Roberto dos Santos Bedaque quando afirma que “o julgador, ao tomar conhecimento da existência de uma prova, determinaria sua produção, ainda que obtida por meio ilegal” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória*. In. *Garantias constitucionais do Processo Civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 151-189).

inconstitucional e inaplicável. Com isso, cabe neste Capítulo verificar os resultados da aplicação desse texto normativo na jurisprudência brasileira.

Dessa forma, o levantamento de decisões judiciais buscou contemplar a análise de julgamentos de todos os Tribunais brasileiros. Optou-se por este recorte por entender que o tema das exceções às provas ilícitas por derivação permite diferentes interpretações, quando não divergentes entre si.

Assim, mais que esgotar a maneira pela qual os Tribunais vêm interpretando o artigo 157 do Código de Processo Penal, a pesquisa pretende explorar entendimentos e possibilidades de interpretação sobre o tema.

A seguir, serão explicitados os critérios utilizados para o levantamento de decisões judiciais e, posteriormente, serão discutidos os resultados encontrados.

1. Esclarecimentos sobre a obtenção das decisões judiciais

O estudo de decisões judiciais exige a explicitação sobre possibilidades e limitações, especialmente quanto às fontes utilizadas e à forma parcial de disponibilização dos dados pelos órgãos do sistema de Justiça.

A presente pesquisa optou por analisar acórdãos proferidos por Tribunais, ou seja, órgãos superiores ou instâncias de sobreposição do Poder Judiciário. Importante esclarecer que decisões de primeira instância não estão sistematizadas em bancos de dados. Parte-se daí a primeira limitação desta modalidade de pesquisa: os acórdãos disponíveis em bancos de jurisprudência não são representativos do total de ocorrências que chegam ao sistema de Justiça e, muito menos, sobre o número de conflitos concretos que sequer chegam ao sistema de Justiça.

Partindo deste raciocínio, é preciso considerar a existência de uma série de “filtros”, que atuam desde a ocorrência de um fato concreto até sua “entrada” institucional. Primeiro, considere-se que, dentre os vários conflitos que ocorrem diariamente, por uma série de razões que não cabe aqui explorar, apenas uma pequena parcela deles chega à apreciação judicial.

Segundo, dos casos iniciados, geralmente em delegacias policiais, apenas uma parte deles tem elementos suficientes para se tornar uma ação penal a ser julgada pela primeira

instância. Dessas, por fim, um pequeno número será julgado por Tribunais de Justiça ou Tribunais Superiores.

Por tal razão, não é possível dizer que um número reduzido de decisões judiciais possa ser considerado “representativo” ou o reflexo do posicionamento de um Tribunal.

Para além desta questão, importa trazer alguns esclarecimentos acerca da utilização dos bancos de dados de tribunais brasileiros como fonte de estudo.

As decisões judiciais e acórdãos proferidos pelo Poder Judiciário, em atendimento ao princípio da publicidade dos atos processuais, são publicados no Diário Oficial. Algumas destas decisões estão disponíveis nos endereços eletrônicos dos Tribunais e são, via de regra, localizáveis a partir do número do processo ou, ainda, pelos nomes dos advogados ou das partes.

Todos os Tribunais brasileiros, de segunda instância (estaduais e federais) e superiores, têm bancos de jurisprudência para pesquisa de suas decisões. Em tese, o conjunto disponível eletronicamente não corresponde à totalidade de decisões proferidas por aquele órgão, tampouco está acessível por completo no banco de dados para pesquisa de jurisprudência.

Em síntese, apenas parte do que é decidido por cada Tribunal do Poder Judiciário está disponível no banco de jurisprudência “online”. Outras pesquisas realizadas com decisões judiciais revelam que o setor responsável de cada Tribunal seleciona quais decisões estarão acessíveis pelo endereço eletrônico da instituição, mas pouco se sabe sobre os critérios dessa seleção.

Assim, não somente os critérios de seleção e de publicização variam de Tribunal para Tribunal, como também a frequência com a qual os bancos de dados são atualizados e o percentual das decisões tornadas públicas por cada Tribunal em relação ao total dos casos decididos.

Se, por um lado, o estudo de decisões judiciais é uma ferramenta promissora para a compreensão do funcionamento do Poder Judiciário e da interpretação dos magistrados sobre o texto legal, por outro lado, considerando as restrições acima expostas, as conclusões deste tipo de estudo ainda são limitadas a poucas decisões disponíveis.

Portanto, não é possível extrair conclusões definitivas sobre o conjunto de casos submetidos e efetivamente julgados por cada Tribunal e tampouco se eles representam uma posição definitiva do órgão.

1.1. Levantamento das decisões judiciais

Durante os meses de setembro e outubro de 2013, foram realizadas pesquisas nos bancos de jurisprudência dos 34 Tribunais de Justiça, Tribunais Federais e Tribunais Superiores, relativos ao período de agosto de 2008 a outubro de 2013.

Na busca nos bancos de decisões judiciais, utilizou-se como termos de busca as palavras-chave “prova ilícita e exceção”, “prova ilícita e exceções”, “prova ilícita e nexo de causalidade”, “prova ilícita e nexo atenuado”, “prova ilícita e vício diluído”, “prova ilícita e fonte independente”, “prova ilícita e independent source”, “prova ilícita e descoberta inevitável”, “prova ilícita e inevitable source” e “prova ilícita e inevitable discovery”.

A partir da seleção inicial dos acórdãos, optou-se pela seleção de recursos de apelação, recursos especiais e extraordinários, embargos infringentes, recursos em sentido estrito e ações de mandados de segurança e habeas corpus. Ou seja, optou-se pela inclusão do universo de decisões o julgamento de recursos e ações em que haveria discussão sobre ilicitude das provas e não se consideraram as decisões repetidas.

Além disso, selecionaram-se apenas acórdãos julgados após a entrada em vigor da Lei 11.690/2008, em agosto de 2008, de modo a limitar o estudo às decisões que aplicaram a nova redação do artigo 157 de agosto de 2008 a outubro de 2013. O Anexo III sintetiza o número de resultados encontrados por palavra-chave e por Tribunal.

A partir da seleção destes julgados, procedeu-se à leitura das decisões, que levou a novas exclusões. Com frequência foram encontradas decisões que apenas transcreviam a íntegra do art. 157, sem mencionar a sua aplicação. Ao final, o universo de pesquisa contou com 46 acórdãos.

Diante dos poucos resultados encontrados, optou-se por uma nova estratégia para obtenção de acórdãos sobre o tema: verificou-se se havia, nos acórdãos selecionados, precedentes sobre o tema das exceções das provas ilícitas derivadas. Por tal motivo, optou-se por uma análise qualitativa das 46 decisões.

2. Análise dos principais resultados

O número escasso de decisões sobre o tema das exceções legais às provas ilícitas por derivação pode ser considerado um resultado em si mesmo, que permite esboçar algumas considerações. A primeira delas é que o número de resultados é um reflexo das limitações dos bancos de jurisprudência e do número de decisões disponíveis online, como já explicitado acima. Por outro lado, é possível conceber que o tema está sendo pouco abordado pelos Tribunais brasileiros.

Partindo deste raciocínio, é necessário investigar o porquê de poucas decisões serem levadas ao crivo dos Tribunais. Uma primeira possibilidade pode estar nas denúncias oferecidas pelo Ministério Público que não se valem, na grande maioria dos casos, de provas derivadas de ilícitas e que, futuramente, pudessem ser questionadas judicialmente sobre a extensão dessa ilicitude.

Uma segunda possibilidade pode estar atrelada ao fato do tema estar presente tão-somente na primeira instância e, por consequência, não ter chegado ao Tribunal. Uma terceira possibilidade pode estar na mudança recente da lei que teria gerado maior impacto nas decisões de primeiro grau e lá sido resolvida ou ainda estar represada, em vias de apreciação pelos Tribunais. Se for este o caso, o juiz pode optar pela vedação irrestrita das provas derivadas das ilícitas, com base na consagrada teoria do *fruits of the poisonous tree* e na vedação constitucional ou construir um arcabouço interpretativo da lei.

Por fim, a última possibilidade pode ser se levarmos em conta que os atores do sistema de justiça criminal (Ministério Público, Advogados, Juízes e Tribunais) têm dificuldades na interpretação e aplicação do artigo 157 do CPP e, por tal motivo, os questionamentos sobre as nuances das provas ilícitas não teriam chegado ao cotidiano dos processos.

A presente pesquisa tende a atribuir maior peso à última hipótese, de que os atores do sistema de justiça não estão aplicando, efetivamente, os dispositivos da nova lei. Isto porque se trata de uma lei recente e que, desde a sua aprovação, vem sofrendo críticas doutrinárias sobre o “desvirtuamento” da proposta em relação à teoria estadunidense. Uma evidência neste sentido é a inexistência de decisões dos Tribunais Superiores que discutem especificamente o tema das exceções das provas ilícitas derivadas.

Mesmo quando os Tribunais tratam do tema das exceções, citam apenas os precedentes consagrados do Supremo Tribunal Federal sobre a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal.

A posição majoritária do Tribunal compreende 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 autônoma³⁶³.

Outra evidência de que o tema não vem sendo efetivamente trabalhado pelos Tribunais diz respeito à ausência de um debate profundo sobre a interpretação e o alcance do artigo 157 do Código de Processo Penal. Na maior parte das decisões levantadas, consta apenas a descrição do dispositivo legal para justificar ou não o argumento de que no caso se tratava de uma prova ilícita.

No caso do julgamento em Habeas Corpus, muitos relatores não decidem sobre o tema, alegando tratar-se de matéria de competência do juiz de primeiro grau. No **Habeas Corpus 152.092**, julgado pelo **Superior Tribunal de Justiça**, o relator ministro Napoleão Nunes Maia Filho considerou que:

³⁶³“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 ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. – A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. – A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. – Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - **Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.** – A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA (“AN INDEPENDENT SOURCE”) E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (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)” (grifos à parte) (STF, Habeas Corpus 93.050, 2ª Turma, relator ministro Celso de Mello, DJe 31/07/2008).

“eventual incidência das teorias da prova ou da fonte independente ou da descoberta inevitável deverá ser apreciada pelo juízo de primeiro grau, após análise ampla do conjunto probatório, vedado que o Tribunal *a quo*, em Habeas Corpus, ação de cognição restrita decida, *a priori*, pela validade da prova captada de forma ilegal”³⁶⁴

No **Habeas Corpus 106.244**³⁶⁵ julgado no **Supremo Tribunal Federal**, o ponto central estava pautado na (i)licitude das escutas telefônicas empreendidas sem autorização judicial, haja vista apenas um período (7 dias) não ter sido acobertado pela permissão do magistrado. A partir daí, verificar-se-ia a licitude do conjunto probatório obtido.

A relatora ministra Cármen Lúcia afirmou que no tempo não acobertado pela decisão judicial para permitir as escutas telefônicas, as investigações já estavam em estágio avançado. Contudo, toda informação colhida nesse interstício deveria ser desentranhada, uma vez que se caracterizada prova ilícita. Assim, os elementos cognitivos eventualmente apurados naquele período não poderiam orientar prestação jurisdicional, mas o restante seria o suficiente para imputar aos crimes.

O ministro Luiz Fux defendeu que estando em fase preliminar da denúncia, a valoração da prova toda seria feita quando da sentença final. A partir daí, poder-se-ia verificar se o juiz, ao decidir, se valeria da prova ilícita.

No mesmo sentido está o julgamento do **Habeas Corpus 990.10.509226-8**³⁶⁶ pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, ao considerar que “o artigo 157 do Código Penal admite a prova derivada da ilícita quando for alcançada por fonte independente, o que igualmente necessita de esclarecimentos fáticos para ser constatado”.

E, ainda, no julgamento do **Habeas Corpus 0009432-24.2013.4.01.0000** pelo **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**: “cabará ao MM Juiz a quo determinar qual a extensão da contaminação. Difícil, senão impossível, num processo complexo, dizer-se,

³⁶⁴ STJ, Habeas Corpus 152.092, 5ª Turma, relator ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 28/06/2010, p. 16.

³⁶⁵ STF, Habeas Corpus 106.244, 1ª Turma, relatora ministra Cármen Lúcia, DJe 17/05/2011.

³⁶⁶ TJSP, Habeas Corpus 990.10.509226-8, relator desembargador José Raul Gavião de Almeida, j. 25/11/2010, p. 08.

numa ação de *Habeas Corpus*, quais as provas que foram derivadas da interceptação ilícita”³⁶⁷.

Os itens a seguir trazem pontos interessantes que foram identificados na análise dos acórdãos encontrados. A maior parte das decisões versa sobre o tema da fonte independente, em menor escala sobre o tema da descoberta inevitável e nenhuma decisão trata do nexo causal atenuado.

2.1. Exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente

Os debates nos acórdãos sobre provas de fonte independente resumem-se à consideração da eventual origem da prova. Não foram encontrados quaisquer debates sobre a constitucionalidade da admissão de provas derivadas das ilícitas no âmbito do processo penal.

De modo geral, pudemos observar que a totalidade dos recursos é interposta pelo acusado, alegando nulidade da sentença por fundamentar-se em provas ilícitas ou delas derivadas.

Recordando que o conceito da fonte independente como uma exceção às provas ilícitas por derivação permite que o réu seja condenado com base em elementos de prova advindos de fonte independente ao caso, desde que firme o liame entre o imputado e o crime. Assim, essa doutrina permite a inclusão dos elementos de prova que tenham sido descobertos por meios totalmente independentes de qualquer violação legal.

A aplicação desse conceito não tem sido um grande problema, mas o ponto que merece atenção é a utilização das provas restantes pelos Tribunais, para se justificar a decisão do órgão inferior. Não ocorre a anulação do julgamento que se valeu dos elementos de prova viciados e marcação de um novo, após o desentranhamento das provas ilícitas, para análise do conjunto probatório unicamente lícito. Vejamos.

³⁶⁷ TRF1, Habeas Corpus 0009432-24.2013.4.01.0000, relator desembargador federal Tourinho Neto, j. 18.03.2013, p. 05.

2.1.1. Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, conforme os **Habeas Corpus 93.050**³⁶⁸ e **Recurso em Habeas Corpus 90.376**³⁶⁹, já adotava a teoria das exceções às provas ilícitas por derivação estadunidense antes mesmo da Lei 11.690/08.

Após a promulgação da Lei, pudemos verificar a aplicação pela Corte Máxima do Judiciário a exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente.

No **Habeas Corpus 101.584/SP**³⁷⁰, houve a prisão em flagrante pelo tráfico de entorpecentes e a interceptação telefônica supostamente sem a devida autorização judicial. O indivíduo havia sido surpreendido com a posse de relevante quantidade de substância entorpecente (pasta básica de “cocaína”) pelos policiais militares.

Assim, discute-se a mácula trazida por eventual interceptação telefônica ilícita. O ministro relator entendeu que o conjunto probatório colhido não se resumiu às evidências obtidas por meio das interceptações telefônicas, tendo o paciente sido surpreendido com a posse da substância entorpecente legitimando a persecução penal contra ele instaurada, portanto, esta situação é independente e não está atrelada à ilicitude. Ainda, entendeu que o DIPO seria juízo competente pelas normas estaduais de organização judiciária do Estado de São Paulo para o deferimento de pedidos de interceptação telefônica na fase do inquérito.

Nesse caso, foi possível perceber uma leve menção ao elemento de prova colhido por uma fonte independente gerando o mesmo resultado probatório que a prova ilícita, ou seja, passível de embasar condenação.

³⁶⁸ STF, Habeas Corpus 93.050, 2ª Turma, relator ministro Celso de Mello, DJe 31/07/2008.

³⁶⁹ Nesse precedente, há a 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. Ocorreu ilicitude na busca e apreensão realizada, pois sem 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 à parte) (STF, Recursos em Habeas Corpus 90.376-2/RJ, relator ministro Celso de Mello, DJe 03/04/2007, pp. 02-03).

³⁷⁰ STF, Habeas Corpus 101.584/SP, relator ministro Dias Toffoli, DJe 05/04/2011.

No **Habeas Corpus 106.244**³⁷¹, de relatoria da ministra Carmen Lúcia, ratifica o entendimento de que existe a plena aplicação das exceções à prova ilícita por derivação estadunidense quando afirma: “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”³⁷².

Ainda que a ministra Cármen Lúcia tivesse mencionado “teoria da descoberta inevitável”, entendemos que se tratava da teoria da fonte independente, pois houve a declaração da ilicitude de interceptação telefônica, porém não fora a única prova produzida no procedimento investigatório, podendo-se, portanto, lastrear-se em outras não contaminadas e dela não decorrentes.

2.1.2. Superior Tribunal de Justiça

No julgamento do **Habeas Corpus 70.878**, mencionam-se as provas obtidas por fonte independente como meio de enfraquecer a alegação da defesa de outras provas terem sido produzidas por meios ilícitos. O caso envolve a atuação de um juiz ter participado na fase investigatória, determinando diligências e tal participação teria ou não contaminado subsequente ação penal, processada e julgada pelo juiz substituto.

De acordo com o voto da relatora ministra Laurita Vaz, “as provas de maior relevância para o julgamento do caso foram obtidas a partir de fontes independentes da decisão proferida pelo MM. Juiz Titular, o que torna a argumentação da defesa inócua sob este prisma”. Assim, “não há portanto falar em nulidade do processo em decorrência de prova que pouco (ou nada) contribuiu para o julgamento do caso”³⁷³.

Ao final do voto, a ministra cita Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini que defendem “quando no processo existem provas outras independentes das provas ilícitas, suficientes para fundamentar o decreto condenatório, torna-se possível a condenação (Interceptação telefônica, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 146)”³⁷⁴.

³⁷¹ STF, Habeas Corpus 106.244, Primeira Turma, relatora ministra Carmen Lúcia, DJe 19/08/2011.

³⁷² STF, Habeas Corpus 106.244, Primeira Turma, relatora ministra Carmen Lúcia, DJe 19/08/2011, p. 10.

³⁷³ STJ, Habeas Corpus 70.878, 5ª Turma, relatora ministra Laurita Vaz, DJe 16/06/2008, p. 09.

³⁷⁴ STJ, Habeas Corpus 70.878, 5ª Turma, relatora ministra Laurita Vaz, DJe 16/06/2008, p. 23.

No **Habeas Corpus 100.058**³⁷⁵, houve a discussão de que seriam ilícitas as requisições de documentos protegidos pelo sigilo fiscal pelo Ministério Público sem a devida intervenção judicial. Ficou decidido que o *Parquet* seria parte no processo penal representando a sociedade como um todo e não atua de forma totalmente imparcial, portanto, não possui a necessária isenção para decidir sobre a imprescindibilidade ou não da medida que excepciona os sigilos fiscal e bancário. Logo, a prova pelo órgão requisitada seria ilícita e decidiu-se pelo seu desentranhamento dos autos.

Contudo, a acusação estava baseada em várias outras provas independentes, principalmente pelos documentos obtidos por auditores fiscais em autorizada busca e apreensão. Assim, a decisão ficou respaldada com o seguinte: “a corroborar a validade das demais provas contidas nos autos, e que dão sustentação à denúncia e à posterior condenação (...) o § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, que em matéria de provas ilícitas, excepciona a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada quando os demais elementos probatórios não estiverem vinculados àquele cuja ilicitude foi reconhecida”³⁷⁶.

Na **Reclamação 2.988**³⁷⁷, a defesa alegava que houve falta de fundamentação para expedição de mandado para busca e apreensão, portanto, seriam ilícitos os elementos de prova dele resultantes, pois o reclamante alegou não ter sido descumprida decisão anterior do Superior Tribunal de Justiça, que determinou o desentranhamento de inúmeras provas produzidas, por entendê-las derivadas de medida de busca e apreensão tida como ilícita. O juízo *a quo* determinou a devolução do que foi apreendido nas medidas cautelares, mas demonstrou “a existência de fonte independente apta a subsidiar a produção das demais provas determinadas nos autos”³⁷⁸.

Por tal razão, a quebra de sigilo fiscal, bancário e de dados dos investigados, por respaldar-se no resultado das buscas, deveriam ser desentranhados dos autos pela ilicitude. Contudo, ficou comprovada a quebra do nexo entre esses elementos de prova e a busca e apreensão, porque houve interceptação telefônica devidamente concedida que possibilitou os mesmos resultados.

A ministra Maria Thereza de Assis Rocha Moura entendeu que as buscas e apreensões fundamentaram as investigações e até teriam facilitado em alguns pontos,

³⁷⁵ STJ, Habeas Corpus 100.058, 5ª Turma, relator ministro Jorge Mussi, DJe 21/07/2010.

³⁷⁶ STJ, Habeas Corpus 100.058, 5ª Turma, relator ministro Jorge Mussi, DJe 21/07/2010, p. 23.

³⁷⁷ STJ, Reclamação 2.988, 3ª Seção, relatora ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 20/05/2011.

³⁷⁸ STJ, Reclamação 2.988, 3ª Seção, relatora ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 30/05/2011, p. 11.

porém, não se poderia dizer que sem elas não se teria chegado a igual resultado. Assim, estaria configurada a existência de fonte independente.

No **Habeas Corpus 176.160**³⁷⁹, houve a aplicação da teoria da fonte independente, uma vez que por outro meio foi possível a descoberta da real quadrilha de traficantes. De forma independente da prova ilegal oriunda de processo anterior (violação de domicílio e derivadas), pois no segundo processo, foi baseado em notícias anônimas corroboradas com a correta investigação perpetrada por meio de interceptação telefônica judicialmente autorizada.

O ministro Marco Aurélio Bellizze adotando a teoria estadunidense afirmou que:

(...) “a partir da Lei 11.690/2008, que conferiu nova redação a diversos dispositivos do Código de Processo Penal, a teoria dos frutos da árvore envenenada passou a integrar o ordenamento jurídico nacional de forma expressa.

No plano prático, todavia surgiram algumas dificuldades e dúvidas acerca da aplicação e abrangência dos novos dispositivos processuais, notadamente no que se refere ao conceito de derivação ou de nexo de causalidade da prova.

Note-se que pode a prova posteriormente obtida estar, desde o início das investigações, ao alcance dos agentes responsáveis pela persecução penal. Nesses casos, então, o conhecimento de tais elementos se daria sem o auxílio da informação obtida ilicitamente, o que acarretaria a aplicação da teoria da fonte independente, tendo em vista não ter a prova nenhuma relação fática ou de dependência lógica com aquela obtida de modo irregular.

Assim, nos termos do que dispõe o Código de Processo Penal, nem sempre a existência de prova ilícita determinará a contaminação de todas as outras provas a ela subsequentes, sendo imperiosa a análise pormenorizada, em cada caso concreto, de eventual derivação da ilicitude”³⁸⁰.

³⁷⁹ STJ, Habeas Corpus 176.160, 5ª Turma, relator ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 10/06/2013.

³⁸⁰ STJ, Habeas Corpus 176.160, 5ª Turma, relator ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 10/06/2013, p. 08.

São os outros casos em que o Superior Tribunal de Justiça se posiciona pela admissão da exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente e de forma perfeitamente correta: **Habeas Corpus 152.092**³⁸¹, **Habeas Corpus 106.571**³⁸², **Habeas Corpus 146.959**³⁸³, **Habeas Corpus 117.437**³⁸⁴, **Habeas Corpus 149.250**³⁸⁵, **Habeas Corpus 203.371**³⁸⁶, **Recurso em Habeas Corpus 36.486**³⁸⁷.

2.1.3. Tribunais Regionais Federais

Em julgamento da **Apelação Criminal 0008192-91.2006.404.7200**³⁸⁸ no **Tribunal Regional Federal 4ª Região**, discutia-se o cabimento do conceito de fonte independente a provas obtidas “ilicitamente pela ex-esposa do réu, mediante a violação de correspondência deste, de sua intimidade e de seu sigilo bancário, na fase de separação do casal”³⁸⁹.

Ainda que a decisão tenha sido pela licitude das provas em questão, interessante indicar o entendimento do ministro relator acerca do conceito de fonte independente:

“a) quando não evidenciado o nexo de causalidade entre a prova ilícita e sua derivação. Na verdade, não havendo nexo causal, sequer ocorre a derivação, pois não decorrente da prova considerada ilícita ou b) quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Nesse caso, a fonte independente fatalmente chegaria à mesma prova que se originou da ilícita, motivo pelo qual pode ser aproveitada no processo. Exemplo disso, quando paralelamente à interceptação telefônica sem autorização judicial (ilícita) foram realizadas diligências investigatórias lícitas e independentes, como oitiva de testemunhas,

³⁸¹ STJ, Habeas Corpus 152.092, 5ª Turma, relator ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 08/06/2010.

³⁸² STJ, Habeas Corpus 106.571, 5ª Turma, relator ministro Jorge Mussi, DJe 16/09/2010.

³⁸³ STJ, Habeas Corpus 146.959, 5ª Turma, relator ministro Jorge Mussi, DJe 16/11/2010.

³⁸⁴ STJ, Habeas Corpus 117.437, 5ª Turma, relator ministro Jorge Mussi, DJe 09/08/2011.

³⁸⁵ STJ, Habeas Corpus 149.250, 5ª Turma, relator ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), DJe 05/09/2011.

³⁸⁶ STJ, Habeas Corpus 203.371, 5ª Turma, relatora ministra Laurita Vaz, DJe 17/09/2012.

³⁸⁷ STJ, Recurso em Habeas Corpus 36.486, 6ª Turma, relator ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 11/11/2013.

³⁸⁸ TRF4, Apelação Criminal 0008192-91.2006.404.7200, relator juiz federal Artur César de Souza, j. 03.04.2013.

³⁸⁹ TRF4, Apelação Criminal 0008192-91.2006.404.7200, relator juiz federal Artur César de Souza, j. 03.04.2013, p. 08.

apreensão de documentos, e, por meio destas outras, se chegou à apuração dos mesmos crimes, o resultado da prova poderá ser aproveitado validamente no processo”³⁹⁰.

No julgado, houve a transcrição do disposto no artigo 157 parágrafos 1º e 2º, do Código de Processo Penal, para citar a aplicabilidade da teoria da exceção da prova ilícita por derivação da fonte independente.

Contudo, cabe reiterar que o disposto no parágrafo do mencionado artigo é a definição da teoria da exceção da prova ilícita por derivação da descoberta inevitável. Assim, ainda que o órgão julgador tivesse citado a definição legal do Código de Processo Penal, aplicou o conceito original da teoria estadunidense da exceção da prova ilícita por derivação da fonte independente.

Outra questão discutida pelo **Tribunal Regional Federal da 4ª Região** foi no julgado da **Apelação Criminal 5000205-12.2012.404.7004**³⁹¹ relativa ao aproveitamento, pelos demais corréus, de prova considerada ilícita em pedido de habeas corpus de outro réu. De acordo com o Tribunal, não se poderia admitir que uma prova fosse considerada ilícita para um réu e lícita para os demais se o motivo da ilicitude lhes for comum.

No caso em tela, se descartadas as interceptações telefônicas e os demais indícios obtidos a partir das conversas gravadas, não restam provas para demonstrar materialidade e imputar a autoria delitiva aos réus. Assim, a ilicitude da prova decorrente da interceptação de um dos réus acabou por contaminar as provas produzidas em relação aos demais denunciados, uma vez que relacionadas àquela prova ilícita. “Não é necessário grande esforço para se concluir que as provas amealhadas contra os demais corréus (que foram sendo identificados no decorrer da investigação) guardam inequívoco nexo de causalidade com a prova produzida contra Fábio”³⁹².

Como a alegação de prova ilícita é um argumento recorrente da defesa, algumas decisões vêm estabelecendo critérios para reconhecimento da nulidade nas provas derivadas das ilícitas, até o limite de o liame entre a prova ilícita e sua derivação se tornar

³⁹⁰ TRF4, Apelação Criminal 0008192-91.2006.404.7200, relator juiz federal Artur César de Souza, j. 03.04.2013, p. 09.

³⁹¹ TRF4, Apelação Criminal 5000205-12.2012.404.7004, relator desembargador federal Paulo José Balthazar Junior, j. 04.09.2013.

³⁹² TRF4, Apelação Criminal 5000205-12.2012.404.7004, relator desembargador federal Paulo José Balthazar Junior, j. 04.09.2013, p. 03.

inexistente, ao ponto de ser considerada uma exceção legalmente admissível. De acordo com decisão do TRF4:

“A defesa não apresenta a correlação da descoberta de provas aos diálogos havidos nas interceptações. Apenas se existisse a exata repercussão da prova ilícita nos demais elementos de prova é que se poderia cogitar da anulação dos demais elementos. Não havendo essa indicação clara e precisa, a anulação apenas teórica não tem espaço”³⁹³.

Outro julgado do **Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Criminal 5005510-57.2010.404.7000**³⁹⁴, estabeleceu um prazo para a defesa suscitar a ilicitude da prova. O caso tratava de investigação dos fatos pela autoridade policial consistente em procedimento diverso daquele das reconhecidamente ilícitas (derivadas da interceptação ilegal), porquanto a sua obtenção se fez de modo regular. Assim, uma vez que prova foi “obtida de forma autônoma e totalmente independente pela autoridade policial, sem qualquer influência das provas que foram anuladas, o certo é que a questão está preclusa, pois o réu no momento oportuno não se rebelou acerca da matéria”³⁹⁵.

Um critério para estabelecer limites à utilização de exceções de provas derivadas de ilícitas é a identificação de vínculo temporal entre a exceção e a prova reconhecida como ilícita. Um exemplo é de investigação do Ministério Público Federal que procurava indícios de um esquema articulado e ilegal de comércio internacional, que consiste na introdução clandestina de equipamentos eletrônicos e de informática provenientes do Paraguai e sua posterior distribuição em Joaçaba/SC.

As prerrogações das interceptações telefônicas requeridas pelo MPF foram posteriormente reconhecidas como ilícitas. Em paralelo, outras diligências foram realizadas, dentre as quais compras de produtos pela autoridade policial. O TRF4 considerou que não haveria que se falar em contaminação dos elementos probatórios obtidos através da compra, na medida em que seu implemento se deu antes do início do

³⁹³TRF4, Apelação criminal 2006.70.00.012299-7, relator juiz federal Luiz Carlos Canalli, j. 07.11.2012, p. 13.

³⁹⁴ TRF4, Apelação criminal 5005510-57.2010.404.7000, relator desembargador federal Nefi Cordeiro, j. 12.04.2012.

³⁹⁵TRF4, Apelação criminal 5005510-57.2010.404.7000, relator desembargador federal Nefi Cordeiro, j. 12.04.2012.

monitoramento telefônico. O mesmo vale em relação à quebra de sigilo fiscal levado a cabo pela Receita Federal.

“Com efeito, considerando que os elementos obtidos através da quebra do sigilo fiscal decretada no Procedimento Criminal Diverso 2005.70.02.009111-4 podem ser obtidos por meio de fonte independente das interceptações telefônicas, não há razões para que sejam desentranhadas, sem prejuízo de que referências ou transcrições de diálogos interceptados sejam riscadas dos mencionados autos e que CD’s contendo arquivos de áudio obtidos através do monitoramento telefônico desentranhados e destruídos, conforme determinam o caput e o §3º do art. 157 do Código de Processo Penal.

(...) Note-se que para aceitação como legítima da prova derivada é necessário que exista probabilidade concreta de que ela seria, de qualquer forma, produzida, não se contentando a ressalva da parte final do §1º do art. 157 do Código de Processo Penal com mera possibilidade, ou seja, é preciso que, abstraindo a existência dos elementos maculados, tenha como certa a produção probatória por meio de fonte independente”³⁹⁶.

Compete mencionar que a decisão do TRF4 foi acertada ao anunciar e aplicar o conceito da exceção à prova ilícita por derivação da fonte independente, porém quando citou “abstraindo a existência dos elementos maculados, tenha como certa a produção probatória por meio de fonte independente” estava equivocada, pois, nos termos do conceito estadunidense, trata-se da exceção à prova ilícita por derivação da descoberta inevitável.

Por fim, no julgamento do **Habeas Corpus 0009432-24.2013.4.01.000**³⁹⁷ no **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, houve a discussão da ilicitude da prova (denúncia anônima) e sua contaminação dela derivada. Firmou-se que a denúncia anônima não permite a instauração de inquérito policial, muito menos é suficiente para ensejar quebra de sigilo telefônico, mas permite averiguação sumária.

³⁹⁶TRF4, Mandado de Segurança 0031461-89.2010.404.0000, relator desembargador federal Tadaaqui Hirose, j. 15/12/2010, p. 09.

³⁹⁷ TRF1, Habeas Corpus 0009432-24.2013.4.01.0000, relator desembargador federal Tourinho Neto, j. 10/05/2011.

Em situação paralela, houve a busca e apreensão não derivada da interceptação telefônica, portanto advinda de fontes independentes. A violação autorizada de domicílio apenas fora retardada para dar azo à interceptação telefônica. A acusação havia se pautado unicamente com a prova ilícita, mas poderia ter se valido das provas legalmente colhidas.

O desembargador federal Tourinho Neto adotou o seguinte raciocínio para permitir o uso de elementos de prova não contaminados:

“Provas ilícitas por derivação são, conseqüentemente, provas em si mesmas lícitas, mas obtidas por intermédio de prova ilicitamente colhida, à s quais se transmite a ilicitude da prova originária.

A prova ilicitamente originária contamina todas as demais provas obtidas a partir dela (busca e a apreensão, busca domiciliar, ouvida de testemunhas mencionadas na escuta etc), devendo, portanto, ser, também, desentranhadas do processo.

Admitindo-se a produção de prova ilícita, de prova dela derivada, a pessoa humana não terá assegurada a sua dignidade.

Agora, se não houver ligação evidente entre a prova ilícita e outra prova, ou seja, entre uma prova ilícita e a outra prova lícita apresentada, esta será, evidentemente, admitida.

A teoria da fonte independente é aquela em que a prova ilícita será admitida quando é fruto de uma fonte independente. Fonte independente (artigo 157 do Código de Processo Penal) prova pela qual a autoridade encontraria a prova de uma forma ou outros meios naturais de investigação encontraria a prova”³⁹⁸.

Cabe observar que o fundamento utilizado nesse argumento está atrelado ao conceito de “descoberta inevitável”. Isso porque a fonte independente não é algo futuro, mas sim presente, isto é, não há qualquer hipótese criada para saber se o elemento de prova seria “encontrado”, muito pelo contrário, o elemento de prova já teria sido colhido e seria utilizado em substituição ao outro contaminado pela ilicitude.

³⁹⁸ TRF1, Habeas Corpus 0009432-24.2013.4.01.0000, relator desembargador federal Tourinho Neto, j. 10/05/2011, p. 04.

2.1.4. Tribunais de Justiça

O **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** interpretou as modificações trazidas pela Lei 11.690/08 no sentido de incluir duas exceções às provas ilícitas por derivação: pela fonte independente e pela descoberta inevitável.

Em alguns julgados³⁹⁹, ainda que não aplicada qualquer uma das exceções, mas anunciadas, é possível constatar tal posicionamento com a presença do seguinte excerto:

“É certo - e não se nega - que, atualmente, por diretriz também da lei penal adjetiva (cf. art. 157, § Io, do CPP, na redação dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008), existem limitações à aplicabilidade da teoria em voga, levando-se em consideração, tal e qual acontece no direito estrangeiro, a independent source (fonte independente) e a inevitable discovery (descoberta inevitável), "excepcionando-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outras for tênue, de modo a não se colocarem as primárias e secundárias numa relação de estrita causa e efeito, ou quando as provas derivadas da ilícita pudessem ser descobertas de outra maneira" (GRINOVER, Ada Pellegrini, et alii. In As nulidades no processo penal. São Paulo: RT, 1997, 8a ed., pp. 192-193)”⁴⁰⁰.

No julgamento da **Apelação Criminal 990.09.294971-3**⁴⁰¹ no **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, houve a menção de que a Reforma do Código de Processo Penal dada pela Lei 11.690/08 teve a intenção de incluir as exceções à prova ilícita por derivação pela fonte independente e pela descoberta inevitável. Essa teria sido uma forma de

³⁹⁹ TJSP, Apelação Criminal 990.09.305141-9, 7ª Câmara de Direito Criminal, relator desembargador Syndey de Oliveira Jr., j. 27/05/2010; TJSP, Apelação Criminal 990.10.067671-7, 7ª Câmara de Direito Criminal, relator desembargador Syndey de Oliveira Jr., j. 29/07/2010; TJSP, Recurso em Sentido Estrito 990.10.016101-6, 7ª Câmara de Direito Criminal, relator desembargador Syndey de Oliveira Jr., j. 26/08/2010; TJSP, Recurso em Sentido Estrito 0001369-81.2008.8.26.0185, relator desembargador Aben-Athar, j. 29/02/2012.

⁴⁰⁰ TJSP, Apelação 990.09.087721-9, 7ª Câmara de Direito Criminal, relator desembargador Syndey de Oliveira Jr., j. 17/12/2009, p. 06.

⁴⁰¹ TJSP, Apelação Criminal 990.09.294971-3, 12ª Câmara de Direito Criminal, relator desembargador João Morenghi, j. 04/08/2010.

excepcionar a aplicação relativa da teoria dos frutos da árvore envenenada contida no parágrafo primeiro do artigo 157, do Código de Processo Penal⁴⁰².

Assim, nesse caso, houve a discussão da ilicitude de uma interceptação telefônica, pois não seguidas as formalidades legais da Lei 9.296/96 e, conseqüentemente, contaminado todas as provas constantes nos autos. Entretanto, o Tribunal se valeu da exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente⁴⁰³ para afirmar que a prisão em flagrante teria sido válida, bem como a apreensão de 40kg de cocaína, a confissão do réu e os celulares, porque seriam elementos de prova colhidos por uma fonte independente da contaminada. Por outro lado, a quebra de sigilo telefônico realizado a partir dos celulares apreendidos e suas decorrências seriam ilícitos.

No mesmo sentido de aplicação da exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente: **Habeas Corpus 990.10.509226-8**⁴⁰⁴, **Recurso em Sentido Estrito 0002132-82.2010.8.26.0615**⁴⁰⁵, **Apelação Criminal 0005312-36.2010.8.26.0024**⁴⁰⁶, **Apelação Criminal 0070915-75.2010.8.26.0050**⁴⁰⁷, **Apelação Criminal 0027603-**

⁴⁰² Eis o posicionamento: “O § 1º do referido dispositivo expressa o acolhimento em nosso ordenamento jurídico da *fruits of the poisonous tree theory* (conhecida entre nós como teoria dos frutos da árvore envenenada), desenvolvida pela Suprema Corte estadunidense, segundo o qual a árvore ruim dará maus frutos, ou seja, uma prova ilícita, contamina as provas subsequentes, que devem ser consideradas provas ilícitas por derivação.

Mas a mencionada teoria não foi adotada de forma absoluta pelo sistema processual penal brasileiro, como se observa pela ressalva contida no mesmo § 1º, que acolheu duas exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, também construídas pela jurisprudência estrangeira. A primeira delas é a limitação da fonte independente (*independent source*), segundo a qual a prova deve ser admitida quando não houver nexo de causalidade entre uma - prova reconhecidamente ilícita - e a outra - prova derivada. A segunda é a limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery*), segundo a qual a prova deve ser admitida se puder ser descoberta por outros meios, desde que legítimos” (TJSP, Apelação Criminal 990.09.2949971-3, 12ª Câmara de Direito Criminal, relator desembargador João Morengi, j. 04/08/2010).

⁴⁰³ “Assim, válidos são os elementos relacionados à prisão em flagrante de Eduardo, porque fonte independente, bem como as descobertas a partir deste fato. Por outro lado, não serão considerados os documentos e as afirmações relativas ao conteúdo das escutas telefônicas, pois admiti-los significaria a aceitação de provas derivadamente ilícitas” (TJSP, Apelação Criminal 990.09.2949971-3, 12ª Câmara de Direito Criminal, relator desembargador João Morengi, j. 04/08/2010).

⁴⁰⁴ TJSP, Habeas Corpus 990.10.509226-8, 6ª Câmara de Direito Criminal, relator desembargador José Raul Gavião de Almeida, j. 25/11/2010.

⁴⁰⁵ TJSP, Recurso em Sentido Estrito 0002132-82.2010.8.26.0615, 14ª Câmara de Direito Criminal, relator desembargador Marco de Lorenzi, j. 25/05/2011.

⁴⁰⁶ TJSP, Apelação Criminal 0005312-36.2010.8.26.0024, 6ª Câmara de Direito Criminal, relator desembargador Silmar Fernandes, j. 02/02/2012.

⁴⁰⁷ TJSP, Apelação Criminal 0070915-75.2010.8.26.0050, 15ª Câmara de Direito Criminal, relator desembargador J. Martins, j. 22/03/2012.

13.2008.8.26.0602⁴⁰⁸, Apelação Criminal 0047275-77.2009.8.26.0050⁴⁰⁹, Habeas Corpus 0031880-59.2013.8.26.0000⁴¹⁰.

Quanto aos limites do aproveitamento da exceção das provas derivadas das ilícitas, o **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**, no julgamento da **Apelação Criminal 745.385-4⁴¹¹**, decidiu que provas derivadas das ilícitas não podem ser aproveitadas em diferentes investigações. De acordo com o caso, o Ministério Público investigava a possível existência de notas fiscais fraudulentas nas Prefeituras de Abatiá, Ribeirão do Pinhal e Jundiá do Sul, requerendo interceptação telefônica posteriormente declarada ilegal.

Das conversas obtidas por meio das interceptações chegou-se à conclusão de que fraudes existiam também na Prefeitura de Wenceslau Braz. Contudo, não havia nenhuma auditoria nesta Prefeitura, e a investigação foi direcionada àquele Município em razão das descobertas feitas a partir das escutas telefônicas. Assim,

“Resta evidenciado o nexo de causalidade entre as interceptações e a requisição e apreensão de documentos ao se observar que o Ministério Público requisitou (ofícios e os documentos que lhe interessavam conforme o que já havia apurado através das escutas. Tal não seria possível, tão pontualmente como foi, mediante o trâmite típico e de praxe de simples requisição de documentos para verificação de irregularidades, até porque uma prefeitura possui milhares de documentos da sua administração. Note-se que em relação aos réus não se tratou de uma auditoria nas contas da Prefeitura de Wenceslau Braz, mas de requisição de documentos previamente conhecidos do Ministério Público através das interceptações telefônicas. Há, enfim, nexo de causalidade entre as provas obtidas pelas interceptações e as provas

⁴⁰⁸ TJSP, Apelação Criminal 0027603-13.2008.8.26.0602, 16ª Câmara de Direito Criminal, relator desembargador Otávio de Almeida Toledo, j. 23/09/2012.

⁴⁰⁹ TJSP, Apelação Criminal 0047275-77.2009.8.26.0050, 15ª Câmara de Direito Criminal, relator desembargador J. Martins, j. 17/01/2013.

⁴¹⁰ TJSP, Habeas Corpus 0031880-59.2013.8.26.0000, 15ª Câmara de Direito Criminal, relator desembargador J. Martins, j. 04/04/2013.

⁴¹¹ TJPR, Apelação Criminal 745.385-4, 2ª Câmara Criminal, relator juiz convocado Carlos Augusto Altheia de Mello, j. 26.01.2012.

obtidas pela requisição ministerial, sendo que as últimas não foram obtidas por fonte independente das primeiras”.⁴¹²

Nesse mesmo sentido de aplicação da teoria da fonte independente ocorreram nos julgados pelo mesmo Tribunal: **Habeas Corpus 546978-9**⁴¹³, **Apelação Criminal 846.303-8**⁴¹⁴.

No julgamento do **Habeas Corpus 70055773006**⁴¹⁵ no **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**, busca-se estabelecer limites quanto à admissibilidade de fonte independente a partir de sucessivas perícias realizadas no local:

“Acrescento que o tema de ilicitude por derivação desafia soluções tópicas, gerando algumas perplexidades que merecem reflexão mais acurada. Perícias sucessivas no local do crime, por exemplo, a depender de circunstâncias concretas, podem caracterizar fonte independente, conforme trâmites típicos e de praxe próprios da investigação criminal, o que implicaria a ressalva o §2º do art. 157 do CPP. Assim também o problema da confissão informal, no caso já considerada ilícita no *Habeas Corpus* desta Câmara nº 70050386531, que não esgota, por si só, as variadas hipóteses de comunicação do investigado, com agentes estatais e terceiros, fora dos lindes de depoimentos formais, ressalvado o vetor da lealdade institucional”⁴¹⁶.

O Tribunal demonstrou que embora se tivesse uma prova ilícita, no caso em tela as sucessivas perícias se tornaram forma de “descontaminação” da ilicitude, pois os resultados foram independentes da prova contaminada, bastando apenas separar a prova ilícita da lícita.

⁴¹² TJPR, Apelação Criminal 745.385-4, 2ª Câmara Criminal, relator juiz convocado Carlos Augusto Altheia de Mello, j. 26.01.2012, pp. 41-42.

⁴¹³ TJPR, Habeas Corpus 546.978-9, 1ª Câmara Criminal, relator desembargador Francisco Cardozo Oliveira, j. 09/07/2009.

⁴¹⁴ TJPR, Apelação Criminal 846.303-8, 4ª Câmara Criminal, relator juiz convocado Carlos Henrique Licheski Klein, j. 21/03/2013.

⁴¹⁵ TJPR, Habeas Corpus 7005577306, Terceira Câmara Criminal, relator desembargador Nereu José Giacomolli, j. 05/09/2013.

⁴¹⁶ TJPR, Habeas Corpus 7005577306, Terceira Câmara Criminal, relator desembargador Nereu José Giacomolli, j. 05/09/2013, p. 13.

No julgamento do **Recurso em Sentido Estrito 70026638395**⁴¹⁷ no **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, houve a discussão da ilicitude do depoimento colhido e datilografado em fase de inquérito policial sem a presença de advogado e filmado em DVD. O réu alegou ter sofrido tortura.

O Tribunal entendeu que a filmagem em DVD constituiria prova ilícita porque não recolhida de acordo com as formalidades legais, sobretudo quando afirmou que: “a filmagem de depoimento não é usual, nem prevista expressamente, insere-se na categoria de ‘documentos’ e não de prova testemunhal e, como esta foi colhida por escrito não pode ser utilizado o DVD, embora juntado (...). Não há registro de que o depoimento de folha 86 seria filmado ou com autorização do indiciado, que não foi perguntado, regularidade que ficaria suprida se presente advogado”⁴¹⁸.

Contudo, o Tribunal se posicionou no sentido de que o depoimento colhido e transcrito seriam fontes independentes meramente informativas, portanto, aceitáveis. Além disso, existiam outras fontes independentes não contaminadas pela ilicitude como depoimentos, necropsia, reconstituição e levantamento do local do crime, que permitiriam o embasamento do conjunto probatório lícito.

Entendemos que o Tribunal soube se valer da teoria da fonte independente, porém pecou quando permitiu que depoimento colhido e transcrito seriam fontes independentes meramente informativas continuassem nos autos, uma vez que seriam relativos à prova ilícita.

No mais, cabe ressaltar que houve menção do réu de ter sofrido torturas durante o interrogatório policial sem a presença de defensor. Nesse caso, seria interessante oportunidade do delegado se valer do arquivamento sigiloso em cartório⁴¹⁹ da filmagem em DVD para eventual defesa futura contra esse fato alegado.

Por fim, no julgamento da **Apelação Crime 70039823141**⁴²⁰ no **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, houve a declaração de ilicitude da interceptação

⁴¹⁷ TJRS, Recurso em Sentido Estrito 70026638395, Terceira Câmara Criminal, relatora desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 27/11/2008.

⁴¹⁸ TJRS, Recurso em Sentido Estrito 70026638395, Terceira Câmara Criminal, relatora desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 27/11/2008, p. 05.

⁴¹⁹ O texto inicial do executivo enviado para a Câmara dos Deputados que culminou no Projeto de Lei 4.205/01 e posterior Lei 11.690/08 previa no parágrafo segundo do artigo 157: “§ 2º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório” (Vide Anexo I).

⁴²⁰ TJRS, Apelação Criminal 70039823141, Terceira Câmara Criminal, relator desembargador Odone Sanguiné, j. 09/06/2011.

telefônica sem autorização judicial que teria sido a prova originária dos fatos investigatórios decorridos dela: a abordagem de veículo tripulado pelos criminosos e a apreensão de substâncias entorpecentes.

O que ressaltamos nesse julgado foi a preocupação do Tribunal em esclarecer as teorias adotadas e as incabíveis, vejamos:

“Inexistência, no caso, de fonte autônoma a permitir a apreensão das drogas em questão, dado que anteriormente à abordagem só havia denúncias anônimas vagas contra os acusados (Teoria da Fonte Independente).

Impossibilidade, outrossim, de se aplicar a Teoria da Descoberta Inevitável, dado que os policiais sabiam, de antemão, a partir dos registros telefônicos ilícitos, que encontrariam drogas com os recorrentes. Não há indicativos de que o elemento probatório colhido ilicitamente seria inevitavelmente descoberto por outros meios, desta vez legais.

Reconhecimento, no caso concreto, da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, dado que toda a prova produzida ao longo da fase inquisitorial e judicial se deu a partir daquela interceptação telefônica realizada ilicitamente. Assim, é necessário reconhecer que a própria prova da materialidade do delito se encontra prejudicada, a ensejar a absolvição de ambos os acusados. Aplicação do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, c/c 157, do CPP”⁴²¹.

Percebemos claramente a pontuação de aplicabilidade da teoria da prova ilícita por derivação e a justificação da não aplicabilidade de qualquer das exceções: pela fonte independente e pela descoberta inevitável. Ambas devidamente explanadas nos termos do conceito estadunidense, ainda que não utilizadas no caso concreto.

⁴²¹ TJRS, Apelação Criminal 70039823141, Terceira Câmara Criminal, relator desembargador Odone Sanguiné, j. 09/06/2011, pp. 01-02.

2.2. Exceção à prova ilícita por derivação pela descoberta inevitável

A exceção à prova ilícita por derivação pela descoberta inevitável pode ser facilmente confundida com a exceção pela fonte independente. Entendemos que por duas razões: a primeira porque foi mesclada indevidamente com a teoria da fonte independente, conforme já visto, o que a torna confusa. Pela Reforma de 11.690/08, o parágrafo segundo do artigo 157 recebeu o conceito de “fonte independente” quando, na verdade, trata-se de conceito de descoberta inevitável.

E segundo porque tem sido difícil, justamente pela má redação do texto normativo, a compreensão de que a “descoberta inevitável” exige uma alta presunção de probabilidade de colheita do mesmo elemento de prova ilicitamente obtido. Não deixa de ser uma conjectura de “realizabilidade” da prova, porém, não deve ser uma mera possibilidade de colheita lícita, mas sim uma busca concomitante e paralela (mediante outra investigação) pelo mesmo elemento de prova.

Assim, diferente da “fonte independente” que existem dois elementos de prova já colhidos, sendo um viciado e outro lícito, na “descoberta inevitável”, existe apenas um elemento de prova colhido e uma criação hipotética que a ação investigatória paralelamente em curso estivesse muito próxima pendendo para o mesmo resultado.

A pesquisa realizada demonstrou que são poucos os casos em que a exceção à prova ilícita por derivação foi aplicada. Quando aplicada, foi de forma equivocada.

2.2.1. Supremo Tribunal Federal

No julgamento do **Habeas Corpus nº 91.867**⁴²², houve a discussão da ilicitude da prova no tocante à colheita de “registros telefônicos” para embasar interceptações telefônicas.

A defesa alegou que, durante o inquérito policial, houve a violação de registros telefônicos de corréu, executor de crime, sem autorização judicial. Isso ocorreu após policiais prenderem em flagrante o corréu e analisado seus últimos números registrados no celular.

⁴²² STF, Habeas Corpus 91.867, 2ª Turma, relator ministro Gilmar Mendes, DJe 24/04/2012.

O relator ministro Gilmar Mendes defendeu que não se deve confundir “comunicação telefônica” protegida pelo artigo 5º, XII, da Constituição Federal, com “registros telefônicos”. Além disso, a análise do celular estaria de acordo com o artigo 6º, do Código de Processo Penal, quando exige que a autoridade policial proceda à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. A análise da agente seria tão somente a colheita de elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito.

E mais, questionou, abstraindo-se do meio material em que o dado estava registrado (aparelho celular), “e se o número estivesse em um pedaço de papel no bolso da camisa usada pelo réu no dia do crime, seria ilícito o acesso pela autoridade policial? E se o número estivesse anotada nas antigas agendas de papel ou em um caderno que estava junto com o réu no momento da prisão?”⁴²³.

Nessa linha, 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. Base desse entendimento encontrou guarida no parágrafo segundo do artigo 157, do Código de Processo Penal.

Além disso, o ministro Gilmar Mendes afirmou que o só fato de serem apreendidos os aparelhos celulares indubitavelmente levaria à quebra do sigilo dos dados telefônico do corréu com a consequente identificação dos usuários das linhas móveis e fixas que com ele mantiveram contato.

Entendemos que houve equívoco ao se afirmar ser “descoberta inevitável”, justamente porque a investigação sequer havia se iniciado. Se “o curso normal das investigações conduziria” a elementos informativos, demonstra que a investigação não existia.

Isso porque a teoria da descoberta inevitável exige uma investigação concomitante e não interligada ao fato ilícito ocorrido, mas apenas ao resultado hipotético semelhante. Da maneira aplicada neste caso concreto é inconstitucional, pois invoca a mera possibilidade de alcançar algo que sequer foi iniciado à busca.

Caso houvesse dois elementos de prova em dúvida (um lícito e outro ilícito) a teoria que melhor se adaptaria seria a da teoria da fonte independente, pois haveria descoberta concreta de elemento de prova de forma independente e conduzida para o mesmo resultado

⁴²³ STF, Habeas Corpus 91.867, 2ª Turma, relator ministro Gilmar Mendes, DJe 24/04/2012, p. 19.

que o outro elemento ilícito, conforme no caso paradigma argentino já demonstrado (Roque Ruiz de 1987)⁴²⁴.

Contudo, se não há violação de “registros telefônicos” apreendidos do corrêu, conforme posicionamento do ministro Gilmar Mendes, tampouco não podemos ter a incidência da teoria da descoberta inevitável, a interceptação telefônica derivada dessa busca de “registros” é completamente sã, não está maculada por nenhuma ilicitude.

2.2.2. Superior Tribunal de Justiça

No julgamento do **Habeas Corpus 52.995**⁴²⁵, discutia-se a ilicitude da prova pela obtenção de documento de transferência bancária acobertada pelo sigilo de dados do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, e sem autorização judicial.

Houve a *notitia criminis* de Manoel Sebastião dos Santos na condição de herdeiro da vítima que fora assassinada por Andréa e Arlindo Ferreira da Silva e Belvane Castro Silva. O trio conseguiu obter as contas da vítimas para recebimento de benefícios previdenciários e após o êxito de saque da importância de R\$ 166.000,00, resolveram matá-la e consumaram o crime.

Dessa forma, o sobrinho da vítima como condição de herdeiro, inclusive pela documentação em inventário, resolveu apurar o caso e obteve na agência bancária o extrato comprobatório do destino do dinheiro.

Assim, a defesa buscou desentranhar as provas obtidas pelo herdeiro sob alegação de ilicitude da colheita, pois sem a devida autorização judicial.

O ministro Og Fernandes, diante dessa situação, interpretou como perfeitamente possível a aplicação da teoria da descoberta inevitável, ou seja, a prova seria inevitavelmente descoberta por outros meios legais, haja vista que o herdeiro já havia aberto o inventário e buscaria o desfalque do montante furtado.

Dessa forma, o ministro relator Og Fernandes se manifestou no seguinte sentido:

“Assim, o § 2º do art. 157 do CPP serve, em última análise, para mitigar a teoria da contaminação da prova, restringindo-a para os casos em que a

⁴²⁴ Vide Capítulo 2, item 3.1.2.2.

⁴²⁵ STJ, Habeas Corpus 52.995, 6ª Turma, relator ministro Og Fernandes, DJe 16/09/2010.

prova ilícita foi absolutamente determinante para a descoberta da prova derivada que, sem aquela não existiria, o que não aconteceu na espécie.

No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido, ou seja, a descoberta seria inevitável.

Não vejo, portanto, razoabilidade alguma em se anular todo o processo e demais provas colhidas não só durante a instrução criminal, mas também aquelas colhidas na fase pré-processual investigativa”⁴²⁶.

Entendemos que esse caso concreto representa boa aplicação da teoria da descoberta inevitável estadunidense, pois houve a obtenção de um elemento de prova de forma ilícita, mas a condição do herdeiro que certamente e inevitavelmente buscaria o destino do dinheiro seguindo os trâmites legais, haja vista que os dados do desfalque estariam aparentes no inventário, gerou a descontaminação da ilicitude originária.

2.2.3. Tribunais Regionais Federais

No recurso de **Apelação Criminal 0001818-77.2006.404.7000**⁴²⁷ levado ao **Tribunal Regional Federal da 4ª Região** pelo Ministério Público Federal, requereu-se reforma de sentença de primeiro grau que extinguiu ação penal por entender que os elementos de convicção lastreados em interceptação telefônica e sucessivas prorrogações e de todas as provas derivadas (quebra de sigilo, identificação de testemunhas) seriam inutilizáveis.

O TRF4 considerou que as prorrogações para interceptação telefônica tinham fundamentação precária e, por consequência, tornaram-se ilícitas. A questão permanecia em relação às provas derivadas como a quebra de sigilo bancário e a identificação de testemunhas. Acolheu-se o argumento manifestado pela sentença questionada, de que o espaço temporal entre as diligências não seria compatível com a ideia de descoberta inevitável:

⁴²⁶STJ, Habeas Corpus 52.995, 6ª Turma, relator ministro Og Fernandes, DJe 16/09/2010, p. 11.

⁴²⁷TRF4, Apelação Criminal 0001818-77.2006.404.7000/PR, relatora juíza federal Salise Monteiro Sanchotene, j. 14.05.2013.

“O STF tem enfatizado serem inaproveitáveis, contra suspeitos/acusados, provas colhidas por meios ilícitos; assim como aquelas diretamente derivadas de provas ilícitas. A legislação brasileira assentou a validade das provas colhidas por fonte independente (art. 157, §1º, CPP) e a chamada descoberta inevitável (art. 157, §2º).

(...) pode-se cogitar, é fato, da aplicação da teoria da descoberta inevitável. Acaso não houvesse sido promovido o monitoramento, até que ponto a delação por parte de Sérgio, quem fornecera comprovantes de operações bancárias, já não justificaria a medida de busca e apreensão prevista no art. 240 do CPP? Vejo que, em fl. 928 daqueles autos de interceptação, o nome do delator premiado foi expressamente mencionado, denotando o peso das informações/documentos que entregara ao MPF. Não vejo como salvar, porém, referidas diligências.

Isso porque, na espécie, há considerável distância entre a inquirição do delator (julho de 2004) e a realização de busca e apreensão (novembro de 2005). Não há maior probabilidade de que, sem a interceptação, o juízo inexoravelmente teria deferido aqueles medidas”⁴²⁸.

Nesse julgado, entendemos que o TRF4 interpretou corretamente o conceito da exceção da prova ilícita por derivação da descoberta inevitável, pois reconheceu o inegável nexó entre as provas derivadas com a prova originária contaminada pela ilicitude. A questão temporal apenas corroborou a necessidade de maiores investigações, portanto, atrelada à interceptação telefônica ilícita.

Por outro lado, haveria o perfeito respaldo dessa teoria caso existisse uma hipótese factível de descoberta desses mesmos elementos de prova, por exemplo, se ao mesmo tempo da investigação feita pelo Ministério Público Federal, houvesse em paralelo e sem conhecimento deste uma mesma investigação realizada pelo Ministério Público Estadual ou pela Polícia Civil requerendo ou representando interceptação telefônica, cuja linha de investigação seria a descoberta inevitável da necessidade de quebra de sigilo bancário e identificação de testemunhas.

⁴²⁸TRF4, Apelação Criminal 0001818-77.2006.404.7000, relatora juíza federal Salise Monteiro Sanchotene, j. 14.05.2013, p. 08.

Por fim, interessante perceber nesse julgamento que o Tribunal adotou separadamente as exceções às provas ilícitas por derivação pela fonte independente do parágrafo primeiro e pela descoberta inevitável do parágrafo segundo, ambos do artigo 157, do Código de Processo Penal. Isso foi necessário porque justificou a razão de não se tratar de descoberta inevitável o pleito do MPF (para que fossem aceitas a quebra de sigilo bancário e a identificação das testemunhas).

Houve, portanto, a correta interpretação do conceito de descoberta inevitável estadunidense, pouco importando o descrito no texto normativo do parágrafo segundo, que, a nosso ver, é inconstitucional.

2.2.4. Tribunais de Justiça

No recurso de **Apelação Criminal n. 2009.041646-8**⁴²⁹ levado ao **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**, o Ministério Público tentou sustentar que as provas derivadas da ilicitamente colhida poderiam ser obtidas por fontes independentes, dado que, apesar da apreensão ter sido feita por militares, a polícia civil já detinha mandado de busca e apreensão contra o apelado pela crime de tráfico de drogas.

Alegou, inclusive que a redação dos dois primeiros parágrafos do art. 157 do Código de Processo Penal prevê duas exceções para limitar a teoria da prova ilícita por derivação:

“Na primeira hipótese, a qual adotou a limitação da fonte independente, constou que -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-. Já na segunda, baseada na teoria da descoberta inevitável ficou registrado que se considera -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. *In casu* inaplicável a limitação da fonte independente, uma vez que a droga foi apreendida em decorrência exclusiva do relato ilicitamente obtido de um usuário. Diz-se exclusiva porque os próprio militares que ingressaram

⁴²⁹ TJSC Apelação Criminal n. 2009.041646-8, relator desembargador. Rui Fortes, j. 08.10.2010.

na casa do apelado reconheceram desconhecer a existência de mandado de busca e apreensão a ser realizada naquela residência”⁴³⁰.

O Tribunal reconheceu que “também não há se falar em descoberta inevitável pela existência de mandado de busca e apreensão, pois, como anteriormente afirmado, não há indicativos suficientes para dizer que, mesmo abstraída a prova ilícita [o ingresso na residência sem mandado de busca e apreensão], razoável quantidade de droga indicativa de mercancia seria encontrada em poder do apelado”⁴³¹.

Isso porque, segundo o Tribunal, não caberia invocar a teoria com base em elementos meramente especulativos, sendo imprescindível a existência de dados concretos que demonstrem que a descoberta seria inevitável. Assim, ainda que o apelado tivesse um depósito razoável de crack para comercializá-lo, não foi possível apreendê-lo porque derivado de uma busca e apreensão ilícita e não permitido pelo Estado.

No julgamento do recurso de **Apelação Criminal 005312-36.2010.8.26.0024**⁴³² pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, tratou-se de apreensão de substância entorpecente em busca e apreensão, derivada de prova ilícita. O investigador de polícia relatou, em seu depoimento, que no dia anterior à busca e apreensão foi interceptada uma conversa telefônica da apelante em que ela afirmava o local em que os entorpecentes estavam guardados. Aparentemente, o Tribunal fez uma referência equivocada à exceção da prova ilícita, indicando o parágrafo segundo do artigo 157 que é relativo à descoberta inevitável:

“(…) Ademais, ainda que o mandado de busca e apreensão tivesse sido expedido em razão da informação obtida na interceptação telefônica, não seria o caso de se considerar as provas amealhadas com a respectiva busca e apreensão inadmissíveis. Isto porque, não obstante fossem tecnicamente provas derivadas de prova lícita, as mesmas seriam facilmente obtidas no curso da investigação policial que se dava em desfavor da apelante, mormente pelas informações até então colhidas na fase administrativa. Trata-se da teoria da fonte independente adotada no

⁴³⁰ TJSC Apelação Criminal n. 2009.041646-8, relator desembargador Rui Fortes, j. 08.10.2010, p. 04.

⁴³¹ TJSC Apelação Criminal n. 2009.041646-8, relator desembargador Rui Fortes, j. 08.10.2010, p. 04.

⁴³² TJSP, Apelação Criminal 005312-36.2010.8.26.0024, relator desembargador Silmar Fernandes, j. 02.02.2012.

ordenamento jurídico pátrio e consagrada no art. 157, §§ 2º e 3º do Código de Processo Penal”⁴³³.

Nesse julgado, percebemos claramente a utilização exata do descrito no artigo 157 e seus parágrafos pela Lei 11.690/08. O órgão julgador mencionou a literalidade do parágrafo segundo, do artigo 157, do Código de Processo Penal, que na realidade é a teoria da exceção à prova ilícita por derivação da descoberta inevitável.

Para ocorrer aplicabilidade da teoria da exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente, é necessária a obtenção de elemento de prova por meios legais e não relacionados à conduta ilegal original. Uma hipótese de elemento de prova não relacionado com a interceptação ilegal e consequente busca e apreensão dos entorpecentes seria se um dos réus, participantes de eventual organização criminosa, tivesse colaborado nos termos do artigo 4º, da Lei 12.850/13, fornecendo informações completas da localização e armazenamento dos entorpecentes.

Dessa forma, o mandado de busca e apreensão teria um fundamento válido e outro inválido para sua expedição: as informações legais da colaboração premiada do réu e a interceptação telefônica ilegal. A primeira não guarda relação com a segunda e esta não contaminaria o fundamento da primeira para a execução da medida cautelar, porque um fundamento advém de prova ilícita e outro de fonte independente.

Nos julgamentos da **Apelação Criminal 0002779-94.2010.8.26.0286**⁴³⁴, da **Apelação Criminal 0029765-64.2005.8.26.0576**⁴³⁵ e do **Habeas Corpus 0056630-96.2011.8.26.0000**⁴³⁶, todos do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, admitiu-se a aplicação das exceções das provas ilícitas por derivação no processo penal mesmo sem haver diligências investigatórias lícitas e independentes à prova ilícita. Entendeu-se que a apreensão de substâncias ilícitas é prova do crime de tráfico, ainda que a descoberta do local do crime tenha decorrido de escuta telefônica não mais permitida ou com prazo encerrado:

⁴³³ TJSP, Apelação Criminal 005312-36.2010.8.26.0024, relator desembargador Silmar Fernandes, j. 02.02.2012, pp. 06-07.

⁴³⁴ TJSP, Apelação Criminal 0002779-94.2010.8.26.0576, 7ª Câmara Criminal, relator desembargador Sydnei de Oliveira Jr., j. 24/11/2011.

⁴³⁵ TJSP, Apelação Criminal 0029765-64.2005.8.26.0576, 7ª Câmara Criminal, relator desembargador Sydnei de Oliveira Jr., j. 08/08/2013.

⁴³⁶ TJSP, Habeas Corpus 0056630-96.2011.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Criminal, relator desembargador Sydnei de Oliveira Jr. j. 03/05/2012.

“Em consequência e não discrepando desse mais moderno e atualizado modo de sentir -, nada importa se o achado da droga perceba-se: daquela já anunciada e farta quantidade deu-se com substrato numa escuta telefônica não mais permitida pelo Juízo de origem, ou quando já findo o prazo dado para a interceptação das particulares comunicações, ou quando não admitida (entenda-se: prova ilícita), **pois, quer se queira ou não, quando os agentes públicos se depararam com o esconderijo dos vendilhões de drogas, apreendendo-as e produzindo a comprovação da concretude do crime de traficância, esta se desvinculou por completo da inicial ilicitude da prova (se é que ilícita mesmo é, o que ficará evidenciado em momento processual mais adequado), tanto porque se vislumbra na espécie uma forma de admissão de fonte independente de prova**, ou seja, o encontro real da droga, sem liame com o quê fora interceptado na conversação telefônica, isto é, uma mera virtual e abstrata fala sobre a possível existência da droga, como porque a droga em espécie sempre pôde ser descoberta de maneira diversa, como o foi, aliás, diante da estabelecida “campana”, utilizando-se do jargão policial. Fala-se, então é de ver-se em *inevitable discovery*”⁴³⁷ (grifos à parte).

Nesses casos, percebemos uma interpretação literal e equivocada do parágrafo segundo do artigo 157 quanto à teoria da descoberta inevitável. Existe a mera possibilidade de descoberta do elemento de prova viciado por outros meios legais, porém em nenhum momento existe uma investigação paralela e ao mesmo tempo, realizada por outras autoridades policiais, para o mesmo resultado.

O Tribunal faz uma inferência hipotética de que aquele resultado seria possível, conforme: “a droga em espécie sempre pôde ser descoberta de maneira diversa”. Ora, isso não é a adoção da teoria da descoberta inevitável que exige, no mínimo, alta probabilidade de obtenção do elemento de prova de forma lícita e quase concomitante à obtenção do elemento de prova viciado. A maneira aplicada pelos julgados é diversa da doutrina estadunidense.

⁴³⁷ TJSP, Habeas Corpus 0056630-96.2011.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Criminal, relator desembargador Sydnei de Oliveira Jr. j. 03/05/2012, p. 04.

No julgamento do **Recurso em Sentido Estrito 2008.032299-3**⁴³⁸ no **Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul**, houve a tentativa de aplicação da teoria da descoberta inevitável pelo Ministério Público de forma distorcida.

O Tribunal entendeu pelo não recebimento da denúncia pelas seguintes razões: primeiro porque a Lei 11.690/08 não havia entrado em vigor na data do não recebimento da denúncia em primeira instância. Segundo porque, ainda que já conhecida pela doutrina brasileira, não era caso de sua aplicação porque todos os elementos de prova advinham da atuação ilegal do Ministério Público e diligências realizadas pela Polícia Rodoviária Federal que não possuiria competência de Polícia Judiciária.

O relator desembargador Gilberto da Silva Castro afirmou que:

“no caso dos autos, reputo como imprestáveis as provas obtidas, porque ainda que autorizadas pelo magistrado, resultaram na ilegalidade de forma de atuação do Ministério Público, que utilizou-se de expedientes não recomendáveis, durante todo o processo, como bem colocado na decisão que não recebeu a denúncia, extrapolando suas funções, dando ordens, fazendo estardalhaço, determinando arrombamentos, algemas e prisões, utilizando-se de agentes públicos, que nada obstante serem policiais rodoviários federais, não estão preparados para a realização de tarefas deste porte e que, além de não serem afetos a este tipo de procedimento, não são atribuições que lhes sejam da competência, quer constitucionalmente, quer sob o ponto de vista do processo penal”⁴³⁹.

Sendo assim, o Tribunal negou provimento ao recurso do Ministério Público que buscou se valer de uma interpretação literal do termo “descoberta inevitável”, sem se referir ao conceito da teoria estadunidense, pois sequer havia outras investigações em curso e a prova ilícita originária contaminara todo o conjunto probatório do processo.

Por fim, no julgamento da **Apelação Criminal 1.0024.07.473173-8/001**⁴⁴⁰ no **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**, houve a discussão da existência de

⁴³⁸ TJMS, Recurso em Sentido Estrito 2008.032299-3, Primeira Câmara Criminal, relator desembargador Gilberto da Silva Castro, j. 02/12/2008.

⁴³⁹ TJMS, Recurso em Sentido Estrito 2008.032299-3, Primeira Câmara Criminal, relator desembargador Gilberto da Silva Castro, j. 02/12/2008, pp. 04-05.

⁴⁴⁰ TJMG, Apelação Criminal 1.0024.07.473173-8/001, relator desembargador Edival José de Moraes, j. 01/04/2009.

delação premiada (artigo 41, da Lei 11.343/06) e sua confissão, mas sem informações suficientes para delimitar a atuação decisiva de cada denunciado no tráfico de entorpecentes. O Tribunal entendeu que não caracterizou delação premiada a confissão da conduta criminosa, cuja descoberta era inevitável diante das informações policiais colhidas (interceptações telefônicas, monitoramento).

O desembargador Edival José de Moraes se posicionou no seguinte: “de fato, a descoberta dos agentes da associação criminosa, diante das interceptações telefônicas, era certa (“descoberta inevitável”), inexistindo no caso colaboração essencial para a identificação dos demais autores, posto que conhecidos dos investigados e por estes individualizados precisamente na fase judicial, sob pena de equipararmos toda confissão à delação disposta na lei. Entendemos, então, com a devida vênia aos ilustres advogados do condenado, não ser o caso de promovermos a minoração pretendida”⁴⁴¹.

Nesse caso, parece-nos que o Tribunal, ainda que tenha mencionado, não se utilizou da teoria da descoberta inevitável estadunidense, mas sim o sentido literal de “descoberta inevitável”. Isso porque tanto a suposta delação premiada, quanto a investigação em curso (interceptação telefônica, monitoramento) não foram hipoteticamente criadas, não estavam eivadas pela ilicitude, muito menos eram duas investigações que corriam de forma paralela e concomitante.

Assim, percebemos que o Tribunal mencionou de maneira superficial o termo “descoberta inevitável”, apenas no sentido próprio da palavra para afastar a causa de diminuição de pena, mas não para invocar a doutrina norte-americana nem o parágrafo segundo do artigo 157, do Código de Processo Penal.

⁴⁴¹ TJMG, Apelação Criminal 1.0024.07.473173-8/001, relator desembargador Edival José de Moraes, j. 01/04/2009, p. 14.

CONCLUSÕES

Ante o demonstrado, as conclusões extraídas no presente trabalho são as seguintes:

1) A ciência do direito processual penal, no tocante às provas, necessita inevitavelmente de uma terminologia padronizada. Isso porque comumente há a utilização do termo “prova” para mencionar acepções que possuem conotações diversas. Os conceitos são diferentes, por exemplo, de fontes de prova, de meios de prova, de elementos de prova, de meios de investigação de prova, de resultado de prova, etc.

Para tanto, devemos nos guiar por intermédio da adoção de uma linguagem unificada, coerente e regrada. Talvez, uma maneira de sanar essa banalização do termo “prova” seria o próprio legislador infraconstitucional iniciar seus Projetos de Lei com a aplicação desses diversos conceitos.

2) Além disso, demonstramos que o processo penal está vinculado à busca da verdade que não é absoluta, mas sim aproximada e única. Diante disso, importante destacar que essa busca está limitada, pois deve estar atrelada a meios legalmente permitidos e aos direitos e garantias fundamentais. Nunca por meio de técnicas de averiguação que vulnerarem a dignidade da pessoa humana.

Outrossim, devemos ter consciência de que a verdade forense nem sempre se coincide com a verdade propriamente dita, afinal, é o preço a se pagar pelo respeito real dos direitos fundamentais em um Estado democrático de Direito.

3) Nessa linha, almejando permitir maior controle na atuação estatal para pretensão punitiva, é de extrema relevância a noção da ilicitude da prova como limite ao direito à prova. Assim, a proibição de elementos de prova eivados de ilicitude e seus reflexos é uma maneira de conter o Estado, ou o particular, na busca dessa verdade.

A doutrina fortaleceu essa frente e expandiu a proteção dos direitos e garantias fundamentais pela criação da teoria ampla da ilicitude da prova, plenamente aplicada na redação do “caput” do artigo 157, do Código de Processo Penal, cujo texto foi alterado pela Lei 11.690/08.

4) Desse modo, na Reforma do Código de Processo Penal em 2008, foram utilizados conceitos norte-americanos. Os Estados Unidos da América tiveram grande importância para a difusão não somente da doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruit of poisonous tree doctrine*), que deixa 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.

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 observou na Espanha e na Argentina. Fixaram-se, pois, as exceções legais às provas ilícitas por derivação pela fonte independente, pela descoberta inevitável e pelo nexos causal atenuado.

5) No Brasil, o assunto da ilicitude da prova, presente sob a forma de um direito e garantia fundamental, no inciso LVI, do artigo 5º constitucional, foi tratado de maneira rasa na Constituição Federal de 1988. Coube à doutrina, encabeçada por Ada Pellegrini Grinover, diferenciar as espécies de prova ilegal (prova ilícita e prova ilegítima) a serem aplicadas nos casos práticos.

Contudo, o mencionado inciso constitucional ainda não possuía definição e justificativa quanto à sua espécie normativa de direito fundamental, sobretudo porque ora era definido como “princípio”, ora era definido como “regra”, mas em nenhum momento se explicou a razão desse posicionamento de forma coesa.

Sendo assim, demonstramos que o mencionado direito fundamental deve ser interpretado, pela “teoria dos princípios”, como uma “norma-regra”, especialmente quando analisamos o seu conteúdo, a sua estrutura normativa e o seu modo de aplicação. Isso gera a inaplicabilidade da proporcionalidade para restringir esse direito fundamental, uma vez que se trata de uma norma-regra.

Por conseguinte, a ordem é direta, ou seja, a regra deve ser aplicada, pois se trata de um mandamento definitivo em que são inadmissíveis os elementos de prova resultantes de atos de obtenção praticados com a violação legal.

Dessa forma, não cogitamos a possibilidade de “sopesamento”, mas sim a “subsunção” da regra aplicada ao caso concreto. Ainda, qualquer restrição a essa regra constitui patente inconstitucionalidade.

6) Nesse esteio, a Reforma do Código de Processo Penal dada pela Lei 11.690/08, no tocante às provas, trouxe importantes modificações como a adoção da teoria ampla da ilicitude da prova e, principalmente, porque buscou inserir no contexto pátrio as exceções legais às provas ilícitas por derivação da doutrina e jurisprudência estadunidenses.

Portanto, essa Reforma se adequa com a estrutura de regra do artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna, que não admite elementos de prova resultantes de atos de obtenção praticados com a violação legal. Nada mais é que o respeito à legalidade dos atos, ao devido processo legal e a todos os direitos e garantias fundamentais.

O legislador infraconstitucional, todavia, não foi feliz na redação do artigo 157, do Código de Processo Penal, reformado pela Lei 11.690/08, pois ainda que buscasse incluir as exceções legais às provas ilícitas por derivação no sistema brasileiro, fez de forma confusa, senão inconstitucional. Vejamos pela leitura de seu parágrafo segundo: “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”.

Por outro lado, o artigo 157, do Código de Processo Penal, não é merecedor de descrédito, uma vez que finalmente 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.

Ainda, uma grande inovação, a nossos ver, tão relevante quanto às exceções às provas ilícitas por derivação, foi a adoção do conceito amplo de “provas ilícitas” que passaram a ser as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Dessa forma, abandonamos o conceito bipartido entre “prova ilícita” e “prova ilegítima” para adotarmos um termo único: “prova ilícita”.

Isso porque para que o elemento de prova seja denominado “prova ilícita” bastaria a ocorrência de ilicitude, seja violadora de liberdades públicas, seja violadora de garantias processuais. Enfim, bastaria que houvesse a ocorrência de uma infringência legal e não somente constitucional.

No tocante à definição da exceção legal à prova ilícita por derivação pela fonte independente, percebemos que foi primeiramente citada no parágrafo primeiro do artigo 157 e, posteriormente, combinada no parágrafo segundo do mesmo artigo de forma desacertada com o conceito da exceção à prova ilícita por derivação por descoberta inevitável.

Entendemos que o legislador infraconstitucional buscou a incorporação de duas exceções: a exceção pela fonte independente e a exceção pela descoberta inevitável. Contudo, não soube como mencioná-las e acabou por se embarçar.

Por essa linha, não se definiu nem uma teoria, nem outra, deixou-se o texto ainda mais complexo, sob o risco de aplicação equivocada em eventuais decisões. Entendemos que o parágrafo segundo do artigo 157, da maneira redigida, é inconstitucional e o parágrafo primeiro deve ser aplicado nos termos da teoria estadunidense da exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente.

Por derradeiro, na continuidade do desenvolvimento processual penal relativo às provas, o Projeto de Lei do Senado 156/09, que tramita na Câmara dos Deputados sob a forma do Projeto de Lei nº 8.045/10 (altera o Código de Processo Penal), possui redação simplória e pífia.

Interpretamos como um retrocesso legislativo, uma vez que suprime tanto a complexidade normativa benéfica trazida pela Reforma da Lei 11.690/08, quanto a adoção da exceção legal às provas ilícitas por derivação estadunidense. Neste quesito, seria uma boa oportunidade da devida adequação aos reais conceitos norte-americanos, mas pelo visto, até agora, ainda não o fez.

7) Por fim, a análise de decisões judiciais de todos os Tribunais brasileiros, desde a Reforma dada pela Lei 11.690/08 até o ano de 2013, teve o cunho de buscar o real alcance das exceções legais às provas ilícitas por derivação, se de fato estariam sendo aplicadas.

De plano, constatamos que a jurisprudência brasileira não possui, ao menos em seus bancos de dados públicos, aplicação farta das exceções legais às provas ilícitas por derivação, muito pelo contrário, a quantidade de julgados abordando tais temas são ínfimas.

Ainda, sequer existe discussão, por exemplo, da inconstitucionalidade do parágrafo segundo do artigo 157, do Código de Processo Penal. E a exceção à prova ilícita por derivação do nexo causal atenuado não fora ainda aplicada.

E quanto à teoria da fonte independente, os Tribunais têm interpretado de forma correta. Nas fundamentações jurídicas, há a utilização de elementos de prova lícitos que conduzem ao mesmo resultado do elemento de prova viciado, portanto, válidos. Além disso, as decisões, quando invocam a teoria, buscam demonstrar a quebra do nexo causal da contaminação entre as provas lícitas e ilícitas.

Contudo, não tem ocorrido uma reanálise do órgão inferior responsável pela decisão embasada por elementos ilícitos. O próprio Tribunal acaba por apenas justificá-la com base nos elementos de prova lícitos e restantes nos autos. Não há o envio dos autos, com as provas ilícitas já desentranhadas, para que o órgão inferior profira nova decisão apenas com os elementos de prova remanescentes.

Assim, não ocorre a anulação do julgamento que se valeu dos elementos de prova viciados e marcação de um novo, após o desentranhamento das provas ilícitas, para análise do conjunto probatório unicamente lícito. Parece-nos uma distorção da raiz estadunidense onde há o reenvio ao órgão inferior e exigência de novo julgamento.

Já na teoria da descoberta inevitável, percebemos grande dificuldade para sua aplicação. Ainda que o legislador infraconstitucional tenha remetido equivocadamente o parágrafo segundo do artigo 157 à “fonte independente”, os Tribunais têm aplicado a teoria da “descoberta inevitável”.

Contudo, a má redação desse parágrafo gerou, a nosso ver, interpretação maléfica e inconstitucional, pois encontramos diversos julgados aplicando a teoria da “descoberta inevitável”, mas de forma diversa da raiz estadunidense.

Tais julgados comumente buscam justificar a “descoberta inevitável” com a mera possibilidade de achado do elemento de prova de forma lícita, porém sequer existindo outra investigação paralela cujo resultado certamente culminaria no mesmo ponto da prova ilícita. Portanto, é uma aplicação inconstitucional, violadora de direitos e garantias fundamentais e longe de se aproximar da exceção à prova ilícita por derivação pela descoberta inevitável da doutrina e jurisprudência norte-americana.

Sendo assim, percebemos que, de um lado, os órgãos julgadores tangenciam a aplicação efetiva da exceção às provas ilícitas por derivação pela descoberta inevitável e, quando o fazem, equivocam-se ao utilizar a legislação confusa e pouco

esclarecedora. E, por outro lado, quanto à exceção à prova ilícita por derivação pela fonte independente, rumamos pela sua consolidação do seu conceito no ordenamento jurídico brasileiro, porém com uma aplicação distorcida. Não há uma reanálise do órgão inferior dos autos livres de provas ilícitas, pois os próprios Tribunais têm realizado esse papel e mantido as decisões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1960.

_____. *O processo criminal brasileiro*. Vol I. 4ªed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1959.

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

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

AQUINO, Tomás de. *Verdade e conhecimento*. Trad. Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

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

ARISTÓTELES. *Metafísica – ensaio introdutório*. Vol I. Trad. Giovanni Reale. São Paulo: Loyola, 2001.

_____. *Metafísica – Livro I e Livro II*. Trad. Vincenzzo Coceo. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

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

AVENA, Norberto. *Processo penal – esquematizado*. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas - Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 4ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. *Direito processual penal - Tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. *Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro*. In. *Prova*. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008.

_____ *Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha.* In. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover.* Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005.

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

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 22ªed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana – Uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo.* Trad. Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória.* In. *Garantias constitucionais do Processo Civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 25ªed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal.* 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales.* Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CAFFERATA NORES, José I. *La prueba en el proceso penal.* 5ªed. Buenos Aires: Depalma, 2003.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal.* 16ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil* - Trad Lisa Pary Scarpa. 2ªed. Campinas: Bookseller, 2002.

_____ *As misérias do processo penal.* Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. 2ªed. São Paulo: Pillares, 2009.

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

COLE, Charles D. *Uma introdução à Constituição dos Estados Unidos e interpretação constitucional na cultura jurídica americana.* In. *Ciclo de Palestras sobre Direito Constitucional Americano.* São Paulo: Imprensa Oficial, 1999.

- COMPARATO, Fabio Konder. *Ética – Direito, Moral e Religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do Processo Penal brasileiro*. In. *Revista de Estudos Criminais*, n. 1. Porto Alegre: Nota Dez Editora, 2001.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008.
- DÍAZ CABIALE, José; MARTÍN MORALES, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid: Civitas, 2001.
- DOHRING, Erich. *La prueba su practica y apreciación – La investigação del estado de los hechos en el processo*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1972.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal - parte geral*. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DRIPP, Donald. *Exclusionary rule*. In. *Encyclopedia of crime and justice*. 2ªed. Joshua Dressler (org.). Nova Iorque: Macmillan Reference USA/Gale Group, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 12ªed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *O poder investigatório do Ministério Público*. In. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, n. 23. São Paulo, 2004.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2ªed. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- FERRER BELTRÁN, Jordi; ABELLÁN, Marina Gascón; LAGIER, Daniel González; TARUFFO, Michele. *Estudios sobre la prueba*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

- FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas ilegales de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- FIORIN, José Luiz. *As astúcias da enunciação – as categorias de pessoa, espaço e tempo*. 2ªed. São Paulo: Ática, 2002.
- FOUCALT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Freedom of proof?*. In. *Estudios sobre la prueba*. Jordi Ferrer Beltrán; Marina Gascón Abellán; Daniel González Lagier; Michele Taruffo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- _____ *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 1999.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal – introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____ *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005.
- _____ *Provas*. In. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. Coord. Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el estado de derecho: obras completas*. Coord. Edgar Alberto Donna. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 08.10.2002.
- _____ *Liberdades públicas e processo penal - as interceptações telefônicas*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- _____ *O conteúdo da garantia do contraditório*. In. *Novas tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

- _____; SCARANCA FERNANDES, Antônio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 11ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GUARIGLIA, Fabricio. *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatória en el procedimiento penal – una propuesta de fundamentación*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- HABERMAS, Jurgen. *Verdade e justificação – ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 2002.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 4ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da prova e sentença penal*. Org. Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 5ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. *Introdução crítica ao processo penal*. 5ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 5ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica – teses, monografias e artigos*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal* - Vol. II. 1ªed. Campinas: Bookseller, 1998.
- _____. *Elementos de direito processual penal* - Vol. I. 1ªed. Campinas: Bookseller, 1998.
- MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês*. Rio de Janeiro: Barriester's, 1994.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. 2ªed. São Paulo: Método, 2009.
- MESSIAS, Irajá Pereira. *Da prova penal*. Campinas: Impactus, 2006.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18ªed. São Paulo: Atlas, 2008.

- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: JMB, 1999.
- MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal. Tomos I e II - traduzido por Alberto Antônio Soares*. Rio de Janeiro: Livraria do Editor, 1871.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis - Coord. *As reformas no processo penal*. São Paulo: RT, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 3ªed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 7ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal – parte geral e parte especial*. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999
- _____. *Provas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PAIVA, José da Cunha Navarro de. *Tratado teórico e prático das provas no processo penal*. Coimbra: Livraria Portuguesa e Estrangeira, 1895.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. *Direito Penal – parte geral*. São Paulo: Manole, 2003.
- PITOMBO, Cleunice. *Processo penal: prova e verdade*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales*. 3ªed. Madrid: CEPC, 2007.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 19ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23ªed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ROTHBLATT, Henry B. *Handbook of evidence for criminal trials*. New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1965.

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

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Comentários al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo XVI. Vol. 2º. Coord. Manuel Albaladejo. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1991, p. 95.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ªed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____ *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____ *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 798, abril, 2002.

_____ *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, n. 1, jan/jun, 2003.

TARSKI, Alfred. *A concepção semântica da verdade - textos clássicos de Tarski*. Orgs. Cezar Augusto Mortari; Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2007.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los ecos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Milano: Trotta, 2002.

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

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Vol. III. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____ *Processo penal*. Vol. III. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____ *Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VILARES, Fernanda Regina. *A reserva de jurisdição no processo penal: dos reflexos no inquérito parlamentar*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAPATA GARCÍA, María Francisca. *La prueba ilícita*. Chile: Lexis Nexis, 2004.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *O pomar e as pragas*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, jul. 2008.

Dicionários

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 9ed. St. Paul: West Publishing Co., 2009.

HORCAIO, Ivan. *Dicionário Jurídico referenciado*. São Paulo: Primeira Impressão, 2006.

MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês*. Rio de Janeiro: Barriester's, 1994.

SITES DE ARQUIVO JURISPRUDENCIAL

Estados Unidos da América

<http://www.archives.gov/historical-docs/document.html?doc=3>

<http://www.supremecourt.gov>

<http://supreme.justia.com>

<http://laws.findlaw.com>

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage_Fr/

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/The+Court/Introduction/Information+documents/>

Espanha

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/constitucion/Paginas/ConstitucionIngles.aspx>

<https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12666-consolidado.pdf>

Argentina

<http://pdpa.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>

http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/biblioteca/File/Contituciones/cp_cordoba.pdf

<http://www.tododeiure.com.ar/leyes/cordoba/8123.htm>

<http://www.lanuevoderecho.com.ar/Recursos/Fallosa.htm>

Sites brasileiros do Poder Legislativo

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26555>

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B64D20763407F0121C09D3B8292A7AB4.node2?codteor=18303&filename=Tramitacao-PL+4205/2001

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14MAR2002.pdf#page=395>

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14FEV2008.pdf#page=95>

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B64D20763407F0121C09D3B8292A7AB4.node2?codteor=544688&filename=Tramitacao-PL+4205/2001

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2001/msg211-010308.htm

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2008/lei-11690-9-junho-2008-576211-veto-99463-pl.html>

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E422831FC94DB6E6573E30BB2747E6B3.node2?codteor=544688&filename=Tramitacao-PL+4205/2001

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58827&tp=1>

http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento_interno/RIpdf/RegInterno.pdf

http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/RegInternoSF_Vol1.pdf

ANEXO I

CPP/41 (antes da Lei 11.690/08)	Texto inicial do executivo (MSC - 211/01)	Texto final aprovado na Câmara (Projeto de Lei 4.205/01)	Texto aprovado e encaminhado à sanção (Projeto de Lei 4.205/01)	Lei 11.690/2008
Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.	<p>Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais.</p> <p>§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.</p> <p>§ 2º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório.</p> <p>§ 3º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença. (NR)</p>	<p>Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.</p> <p>§ 4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.</p>	<p>Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.</p> <p>§ 4º (VETADO)</p>	

ANEXO II

Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma Código de Processo Penal de 1941	Texto encaminhado à Câmara dos Deputados (PLS nº 156/09)	Apresentação do Projeto de Lei nº 8.045/10, pelo Deputado Miro Teixeira
<p>Art. 164. São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos.</p> <p>Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.</p>	<p>Art. 167. São inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos e as delas derivadas.</p> <p>Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.</p>	<p>Art. 158. São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos.</p> <p>Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.</p>

ANEXO III

Resultados encontrados em pesquisa aos endereços eletrônicos por Tribunal e por palavra-chave

		“Prova ilícita” e “exceção”	“Prova ilícita” e “exceções”	“Prova ilícita” e “nexo de causalidade”	“Prova ilícita” e “nexo atenuado”	“Prova ilícita” e “vício diluído”	“Prova ilícita” e “fonte independente”	“Prova ilícita” e “independent source”	“Prova ilícita” e “descoberta inevitável”	“Prova ilícita” e “inevitable source”	“Prova ilícita” e “inevitable discovery”
STF	25/set/13	11	4	2	0	0	0	2	2	0	0
STJ	15/set/13	31	7	21	0	0	5	0	1	0	0
TRF1	25/set/13	4	0	12	0	0	2	0	0	0	0
TRF2	26/set/13	61	61	5	0	0	4	2	2	0	2
TRF3	26/set/13	71	3	12	0	0	1	0	1	0	0
TRF4	07/out/13	83	28	24	0	0	9	9	9	0	2
TRF5	26/set/13	12	1	1	0	0	0	0	0	0	0
TJRS	07/out/13	499	498	25	0	0	9	2	2	0	1
TJSC	07/out/13	2	0	2	0	0	0	0	0	0	0
TJPR	26/set/13	187	50	25	0	0	14	2	8	0	0
TJSP	10/out/13	337	124	43	0	0	20	8	8	0	6
TJRJ	10/out/13	220	338	78	0	0	0	0	0	0	0
TJMG	10/out/13	490	490	89	0	0	9	5	5	0	2
TJES	26/set/13	2	0	1	0	0	0	0	0	0	0
TJBA	26/set/13	4	1	1	0	0	0	0	0	0	0

TJAL	26/set/13	4	0	1	0	0	0	0	0	0	0
TJSE	07/out/13	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
TJPB	25/set/13	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
TJPE	25/set/13	0	0	10	0	0	0	0	0	0	0
TJCE	07/out/13	8	1	0	0	0	0	0	0	0	0
TJTO	26/set/13	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
TJGO	07/out/13	11	1	3	0	0	0	0	0	0	0
TJMS	07/out/13	28	6	9	0	0	6	0	4	0	0
TJMT	07/out/13	35	37	0	0	0	2	2	1	0	1
TJDF	07/out/13	3	0	1	0	0	0	0	0	0	0
TJAM	26/set/13	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
TJPA	07/out/13	12	130	0	0	0	0	0	0	0	0
TJRO	26/set/13	0	2	0	0	0	0	0	5	0	0
TJRR	07/out/13	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
TJAP	26/set/13	56	15	0	0	0	0	0	0	0	0
TJAC	26/set/13	42	12	78	1	0	0	0	0	0	0
TJMA	26/set/13	0	0	80	0	0	0	0	0	0	0
TJPI	26/set/13	0	0	5	0	0	0	0	0	0	0
TJRN	26/set/13	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0