

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS - CCJP  
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - ECJ**

**GABRIELA RODRIGUES QUERIDO FORTES**

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO: A INFLUÊNCIA DOS CASOS PARADIGMÁTICOS DA SUPREMA  
CORTE NORTE-AMERICANA NO DIREITO NACIONAL**

**RIO DE JANEIRO**

**2017**

**GABRIELA RODRIGUES QUERIDO FORTES**

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO: A INFLUÊNCIA DOS CASOS PARADIGMÁTICOS DA SUPREMA  
CORTE NORTE-AMERICANA NO DIREITO NACIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Escola de Ciências Jurídicas da Universidade  
Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)  
como requisito parcial à obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Dra. Simone Schreiber.

RIO DE JANEIRO

2017

**GABRIELA RODRIGUES QUERIDO FORTES**

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO: A INFLUÊNCIA DOS CASOS PARADIGMÁTICOS DA SUPREMA  
CORTE NORTE-AMERICANA NO DIREITO NACIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade  
Federal do Estado do Rio de Janeiro  
(UNIRIO) como requisito parcial à obtenção  
do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_\_\_

Nota: \_\_\_\_\_

**Banca Examinadora:**

---

Professora Orientador: Dra. Simone Schreiber

---

Professor(a):

---

Professor(a):

“As pessoas grandes não compreendem nada sozinhas,  
e é cansativo, para as crianças, estar toda hora explicando”.

*Antoine de Saint-Exupéry*

“Só as ondas se sucediam, em cada onda o mar se despindo sem nunca chegar à nudez.

Eu estava preso naquele infinito”.

*Mia Couto*

## RESUMO

O presente estudo abordará o instituto da prova ilícita no processo penal, apresentando o conflito em torno do alcance do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, que prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Ressalta-se que a vedação de provas ilícitas foi regulamentada no Código de Processo Penal somente com a publicação da Lei 11.690/2008, incorporando expressamente o instituto da prova ilícita por derivação, também conhecida como teoria dos frutos da árvore envenenada. Tal instituto nasceu e se desenvolveu nos Estados Unidos da América, sendo possível afirmar que as decisões da Suprema Corte norte-americana inspiraram os nossos Tribunais mesmo antes da vigência da Lei 11.690/08. Embora a nova redação do diploma legal discipline a teoria dos frutos da árvore envenenada, por se entender que é a modalidade que melhor atende à norma constitucional, perdura ainda hoje controvérsia nos meios jurídicos sobre os limites da prova ilícita por derivação. Por essa razão, discute-se uma nova reforma legislativa no tratamento da matéria. Utiliza-se análise doutrinária sobre o tema, a exposição de casos paradigmáticos da Suprema Corte norte-americana e a evolução jurisprudencial e legislativa do tema no Brasil como mecanismo de percepção de como a doutrina da inadmissibilidade das provas ilícitas tem sido desenvolvida no direito pátrio.

**Palavras-chave:** prova, prova ilícita, inadmissibilidade das provas ilícitas, regra de exclusão.

## ABSTRACT

The present study is about the institute of illegally obtained evidence, presenting the conflict about the scope of article 5º, VI of the Brazilian Federal Constitution, which guarantees the inadmissibility of evidences obtained through illicit methods. It should be highlighted that prohibition of illicit evidence was only regulated in national legislation with the enactment of the law number 11.690/2008, which expressly incorporated the institute of evidence derived from illegal actions, also known as the fruits of the poisonous tree. Prohibition to use indirect evidentiary fruits of the government's misconduct was originated and developed in the United States. It is correct to say that the decisions of the US Supreme Court inspired our Courts even before the enactment of law 11.690/08. Although the new legislative provision incorporates the fruits of the poisonous tree, because of the understanding that it is the one that best suits the constitutional guarantee, there is still controversy among jurists about the limits of the prohibition of indirect evidentiary fruits of illegal evidence. For this reason, it is discussed a new legislative reform in the treatment of the issue. There will be doctrinal analysis about the topic, the exposition of leading cases of the US Supreme Court, as well as the analysis of the jurisprudential and legislative evolution of the subject in Brazil as a mechanism of perception of how the doctrine of the inadmissibility of the illicit evidence has been developed in Brazilian Law.

**Keyword:** evidences, illicit evidences, suppression doctrine, exclusionary rule.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2. A PROVA .....</b>	<b>10</b>
<b>2.1. CONCEITO DE PROVA .....</b>	<b>10</b>
<b>2.2. DIREITO À PROVA .....</b>	<b>10</b>
<b>2.3. O MITO DA VERDADE REAL.....</b>	<b>11</b>
<b>3. A PROVA ILÍCITA .....</b>	<b>14</b>
<b>3.1. CONCEITO DE PROVA ILÍCITA .....</b>	<b>14</b>
<b>3.2. AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL NORTE-AMERICANO .....</b>	<b>18</b>
3.2.1. <i>Exclusionary rules</i> .....	18
3.2.2. Os frutos da árvore envenenada .....	22
3.2.3. Limitações à prova ilícita por derivação .....	23
3.2.3.1. Fonte independente.....	24
3.2.3.2. Descoberta inevitável .....	25
3.2.3.3. Exceção da boa-fé do policial.....	26
3.2.3.4. Mancha purgada ou tinta diluída .....	28
<b>3.3. AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: .....</b>	<b>29</b>
3.3.1. Breve histórico .....	29
3.3.2. Influência do direito norte-americano na Reforma de 2008 e nos HC's anteriores à reforma .....	31
3.3.4. Princípio da proporcionalidade .....	38
3.3.4. Prova ilícita <i>pro reo</i> .....	44
<b>3.5. BREVES COMENTÁRIOS À 7ª MEDIDA CONTRA A CORRUPÇÃO (PROJETO DE LEI Nº 4.850/2016).....</b>	<b>46</b>
3.5.1. A “importação” disfuncional do sistema norte-americano: a que fim se presta a cláusula de vedação de provas ilícitas na CRFB/1988?.....	47
3.5.2. A inaplicabilidade da exceção da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro ....	50
<b>4. CONCLUSÃO .....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: .....</b>	<b>54</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso visa desenvolver o tema da inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro, tendo em vista as persistentes controvérsias na doutrina, bem como possíveis reformas legislativas no tratamento dado à matéria.

A liberdade é um dos direitos mais caros do ser humano. Historicamente, ela foi objeto de inúmeras e indescritíveis violações, legitimadas pela chancela estatal, que, sob o fundamento de segurança e de perseguição do interesse público, feriu direitos individuais, causando, às vezes, maiores danos do que aqueles que visava punir<sup>1</sup>.

A vedação de se utilizar prova obtida por meios ilícitos na busca incansável de condenação do acusado – culpado ou não – representa a imposição de um limite ao Estado. É a conquista de proteção dos indivíduos contra o arbítrio estatal, posto que a condenação não pode se dar a qualquer custo.

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 (CRFB/1988) consagrou, no artigo 5º, inciso LVI, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo como um direito e garantia fundamental.

No entanto, por duas décadas, inexistiu tratamento da matéria no âmbito infraconstitucional. Diante da omissão legislativa, coube à jurisprudência e à doutrina delinear o tratamento dado à inutilização de provas ilícitas, isto é, os contornos dessa garantia fundamental.

Na busca de consolidação e proteção da garantia fundamental no direito pátrio, nos projetamos, especialmente, na experiência norte-americana, acolhida pelos tribunais superiores brasileiros.

Contudo, o respeito a esse direito fundamental colide frontalmente com os interesses do Estado em fazer cumprir o seu direito de punir. No Brasil, em que os crimes são muitos e o

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. 5 ed. Madrid: Trotta, 2006, p. 365. apud PAULA, Leonardo Costa de. Auto-incriminação e ilicitude na obtenção da prova – a limitação do poder. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. v. IV, p. 307-326, p. 307. jul/dez, 2009. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21620>>. Acesso em 26/10/2016.

aparelhamento estatal insuficiente para resolvê-los com sofisticação, vive-se uma constante luta para que os direitos fundamentais sejam respeitados.

Não obstante a vedação à prova ilícita seja um direito fundamental consolidado em cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988, parcela significativa da população não se satisfaz com o tratamento dados às provas no processo penal e reivindica a sua mudança, em razão do sentimento de facilitação da impunidade.

Por consequência, embora recentíssima a reforma do Código de Processo Penal (CPP), ocorrida no ano de 2008, existe uma pressão atual por parte do Ministério Público Federal (MPF), acolhida pelo Legislativo, em alterar a lei para alargar a admissibilidade da prova ilícita no processo penal. As “10 Medidas Contra a Corrupção” transformaram-se no Projeto de Lei nº 4.850/16 (PL nº 4.850/16) em tramitação na Câmara dos Deputados em forma de projeto de iniciativa popular.

Neste trabalho iremos, inicialmente, esclarecer no que consiste o direito à prova e esmiuçar o entendimento majoritário na doutrina brasileira acerca do conceito de prova ilícita.

Em seguida, iremos trabalhar a evolução da doutrina da *exclusionary rules* nos Estados Unidos da América (EUA), começando no reconhecimento da inadmissibilidade do uso de prova ilícita no processo e seus fundamentos e caminhando pelos precedentes que posteriormente limitaram a regra de exclusão da prova.

Em um terceiro momento, será demonstrado o desenvolvimento da doutrina brasileira acerca da prova ilícita no processo penal brasileiro desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que elevou a garantia à cláusula pétrea, até os dias de hoje.

Para tanto, irá ser trabalhada a evolução da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal (STF), o que abarca o reconhecimento da ilicitude por derivação em razão do nexo de causalidade com a prova originária e, em seguida, as decisões que admitiram a quebra do nexo causal.

Após, caberá a análise da reforma do Código de Processo Penal em 2008, que acolheu as teorias dos frutos da árvore envenenada, da fonte independente e da descoberta inevitável, bem como breves comentários sobre a nova proposta de reforma.

## 2. A PROVA

### 2.1. Conceito de prova

O processo penal é o instrumento do Estado destinado ao convencimento do juízo sobre a existência de materialidade e a autoria de uma infração penal. Trata-se, pois, de um “instrumento de retrospecto, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico”<sup>2</sup>.

A tarefa de reconstrução da verdade é indesejável da prova dos acontecimentos pretéritos relevantes<sup>3</sup>. Aliás, é a prova, essencialmente, a ferramenta de construção do convencimento do julgador por meio da qual se dará a formação de sua convicção e a legitimação do poder contido na sentença<sup>4</sup>.

A esse respeito, nas lições precisas de Eugênio Pacelli:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.<sup>5</sup>

Por fim, no que toca às atividades processuais relacionadas à prova, a doutrina aponta quatro momentos: a propositura (as provas são requeridas ou indicadas); a admissão (o juízo se manifesta acerca da admissibilidade); produção (momento que são introduzidas no processo) e apreciação (as provas são valoradas pelo juízo)<sup>6</sup>.

### 2.2. Direito à prova

A garantia do contraditório deve ser compreendida na sua acepção positiva, enquanto “influência, ou seja, como direito [da parte] de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo”<sup>7</sup>. O direito à prova é, pois, um consectário do direito ao contraditório e à ampla defesa consagrados no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

<sup>2</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 351.

<sup>3</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarence. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 114.

<sup>4</sup> LOPES JR., op. cit., p. 352.

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 327.

<sup>6</sup> GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, op. cit., p. 115.

<sup>7</sup> Idem.

Ademais, liga-se umbilicalmente ao direito de ação e de defesa<sup>8</sup>. Apontando essa íntima relação, os professores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Filho e Antonio Scarance Fernandes aduzem que:

O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.<sup>9</sup>

Evidentemente, ao exercer o direito de ação, o autor visa o pronunciamento condenatório do Estado-juiz face ao cometimento de um delito. Contudo, para atingi-lo não é o bastante a mera afirmação da ocorrência de uma infração penal e a indicação da suposta autoria, sendo, em verdade, indispensável a produção de um juízo de certeza sobre aquilo que se alega<sup>10</sup>. Com relação ao indivíduo que tem a pretensão punitiva voltada contra si, por sua vez, deve ser assegurado o direito de influir no processo em vistas a uma sentença absolutória, seja com a prova cabal da inocência ou com a criação de fundada dúvida (*in dubio pro reo*).

Em suma, “[d]e nada adiantaria assegurar a autor e réu o direito de trazer a juízo suas postulações se não lhes fosse proporcionada oportunidade no desenvolvimento da causa para demonstrarem suas afirmações”<sup>11</sup>.

Ao lado do direito à prova, com igual relevo, existe o direito à valoração da prova, uma vez que seria inócuo assegurar àquele se ao juiz coubesse simplesmente ignorar a prova produzida. Resulta daí que o juiz tem o dever de se manifestar a respeito das provas, de considerá-las na motivação da sentença; a fundamentação da decisão é a garantia de que as alegações e as provas produzidas pelas partes foram atentamente apreciadas pelo órgão jurisdicional<sup>12</sup>.

### 2.3. O mito da verdade real

O princípio da verdade real, como princípio da atividade probatória, foi alvo de muitas polêmicas nos estudos do direito processual penal e do direito processual civil<sup>13</sup>. A magnitude

---

<sup>8</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 72

<sup>9</sup> GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, op. cit., p. 115.

<sup>10</sup> MATTOS, Luiz Norton Baptista de. Breves noções sobre as provas ilícitas. Revista da EMARF, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 50-81, ago.2009. p. 55.

<sup>11</sup> FERNANDES, op. cit., loc. cit.

<sup>12</sup> GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, op. cit., p. 121.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 124.

dos interesses tutelados no processo penal sempre serviu de fundamento a permitir a ampla e intensa busca pela verdade material.

Consoante os ensinamentos de Eugenio Pacelli<sup>14</sup>, a inabalável crença na consecução da verdade dos fatos por meio do processo promoveu a disseminação de uma cultura inquisitiva, que atingiu os órgãos públicos com atribuição para proceder na persecução penal. Acreditava-se que, sobre o juiz penal, deveria recair poderes probatórios ilimitados com o propósito de alcançar a verdade real, tida como escopo principal do processo penal. “E é assim que a busca da verdade se transmudou num valor mais precioso do que a proteção da liberdade individual”, conclui Ada Pellegrini *et all*<sup>15</sup>.

Na linha do exposto alhures, o processo penal é um instrumento de reconstrução aproximativa de um fato histórico, logo falar em alcançar a verdade real é nada menos que buscar o inalcançável. Nesse caminho sem descanso, legitimam-se desvios das autoridades e a ampla liberdade probatória do julgador no processo, conjuntura inconcebível em um sistema processual que se pretende acusatório.

Diante desse cenário incompatível com a Constituição Federal de 1988, que eleva a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa (art. 1º, III, CRFB/1988), os estudiosos do processo penal propõem formas de superá-lo, até porque a Constituição consagra a paridade de armas, bem como a imparcialidade do juiz.

Parcela da doutrina sustenta que, no âmbito do processo penal, só se legitima a verdade formal ou processual, que é definida por Ferrajoli como “uma *verdade aproximativa*, aquela limitada ‘*por lo que sabemos*’, e, portanto, sempre contingente e relativa”<sup>16</sup>.

Aury Lopes Jr.<sup>17</sup> afirma que é preciso mesmo abandonar a verdade como função do processo, não sendo o suficiente sequer contentar-nos com a verdade processual ou o que chama de “ambição de verdade”. Nesse sentido, “a decisão judicial não é a revelação da verdade (material, processual, divina, etc.) mas um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo”<sup>18</sup>. Não significa negar a verdade, mas deslocá-

---

<sup>14</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 333.

<sup>15</sup> GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, op. cit., p. 125.

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. p. 50 apud LOPES JR., op. cit. p. 382. (grifo do autor).

<sup>17</sup> LOPES JR. op. cit., 381 *et. seq.*

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 385.

la para outra dimensão em que ela seria contingencial, em vez de estruturante do processo. Nessa linha, argumenta que:

Se por um lado o sistema inquisitório admite um substancialismo e uma relativização da garantia da forma em nome da “verdade real” (inalcançável), de outro, o modelo acusatório pauta-se por um formalismo protetor, respeitando a *forma enquanto valor*. O grande valor do processo acusatório está no seu conteúdo ético, externado no estrito respeito às regras do jogo (forma) e, principalmente, no fato de que a *condenação* ou *absolvição* são equivalentes axiológicos para o resultado, abandonando o ranço inquisitório de buscar a condenação.<sup>19</sup>

Por fim, insta salientar que o debate em torno da (in)admissibilidade das provas ilicitamente obtidas relaciona-se diretamente à opção do ordenamento jurídico entre a busca ilimitada da verdade, alicerçando-se o sistema processual à proeminência da pretensão punitiva como manifestação da autoridade estatal, e a observância de direitos e garantias fundamentais, inserida em uma visão ética do processo, ainda quando em detrimento da apuração da verdade<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Ibidem, p. 361.

<sup>20</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. Salvador: Ed. Juspodvim, 2016. p. 611.

### 3. A PROVA ILÍCITA

#### 3.1. Conceito de prova ilícita

Não obstante o direito à prova desdobrar da garantia do contraditório e da ampla defesa e, por isso, ter envergadura constitucional, não é ele, e nem poderia ser, um direito ilimitado.

A Constituição da República Federativa do Brasil consagrou no artigo 5º, inciso LVI, como direito e garantia fundamental do indivíduo, a cláusula expressa e pétrea de que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”<sup>21</sup>.

A escolha expressa do constituinte de limitar a atividade probatória das partes não se revela exclusiva do processo penal, mas é, aqui, onde um resultado desfavorável ao réu tem o potencial de tirar-lhe a própria liberdade, que os contornos do direito à prova se tornam mais necessários<sup>22</sup>.

No que diz respeito à conceituação de prova ilícita, o magistério de Ada Pellegrini Grinover é seguido pela maioria de seus pares. A brilhante autora inspira-se na doutrina italiana de Nuvolone para apontar a distinção entre os conceitos de prova ilícita e prova ilegítima, sendo ambas espécies de um mesmo gênero: a prova ilegal<sup>23</sup>.

Nesse contexto, entende-se que a ilegalidade da prova provém de uma violação à norma, quer seja de natureza processual ou material. Pode ela, ainda, ser uma vedação explícita ou implicitamente deduzida dos princípios gerais de direito<sup>24</sup>.

A prova ilícita, por sua vez, está circunscrita à categoria de prova ilegal – ou, como parcela dos autores gosta de chamar, prova vedada ou proibida. A prova será reputada ilícita *stricto sensu* quando a obtenção se der mediante a infringência de regras ou princípios de direito material, postos pela Constituição ou pelas leis.

A Constituição Federal consagra diversas garantias pela imposição de inviolabilidades a fim de resguardar os direitos fundamentais: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (art. 5º, X), inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), inviolabilidade do sigilo

---

<sup>21</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

<sup>22</sup> GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, op. cit. p. 124.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 126.

<sup>24</sup> Idem.

de comunicações em geral e dos dados (art. 5º, XII)<sup>25</sup>. Além disso, confere proteção ao homem contra a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), e assegura ao preso o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX)<sup>26</sup>. A inobservância de um destes e de outros direitos na colheita da prova traz a esta a mácula da ilicitude e, então, as consequências dela decorrentes.

Outrossim, a prova ilícita se caracteriza, em regra, como uma violação de direito substancial que ocorre no momento da colheita da prova, logo ela é geralmente obtida fora do processo. É a hipótese de documentos apreendidos com violação de domicílio.

No entanto, não é impossível que a ilicitude se manifeste na produção da prova em juízo. Exemplificando, a confissão do acusado produzida no interrogatório sem que lhe seja informado seu direito constitucional ao silêncio (art. 5º, LXIII, CRFB) configura prova ilícita produzida no curso do processo<sup>27</sup>.

De outra banda, a prova será reputada ilegítima quando a norma desrespeitada tiver natureza exclusivamente processual, isto é, “quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo”<sup>28</sup>.

Deste modo, se uma das partes apresenta no julgamento do Júri a leitura de documento não juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, como determina o art. 479 do CPP, estaremos diante de hipótese de violação à norma de direito processual e, logo, de uma prova ilegítima<sup>29</sup>.

Cabe assinalar ainda que a violação a uma norma processual, no que pertine ao direito de prova, ocorre no momento de produção desta. Em razão disso, é possível concluir que a ilegitimidade da prova é um fenômeno que ocorre no curso do processo, sendo, pois, endoprocessual<sup>30</sup>. Tal atributo é importante porque, uma vez afastada a violação processual que

---

<sup>25</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 83.

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> LIMA, op. cit., p. 609.

<sup>28</sup> GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, op. cit., loc. cit.

<sup>29</sup> LIMA, op. cit., p. 610.

<sup>30</sup> Idem.

ensejou a ilegitimidade, a prova pode ser repetida, ao passo que as ilícitas não podem ser de maneira alguma convalidadas ou repetidas<sup>31</sup>.

Portanto, em síntese, temos que “quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida”<sup>32</sup>.

Por fim, insta pontuar que a distinção posta entre ilicitude e ilegitimidade não é meramente conceitual. Com efeito, a separação apresenta relevância prática na medida em que a resposta processual à prova vedada modifica-se conforme seja ela reconhecida como ilícita ou ilegítima.

Nesse sentido, esclarecem com brilhantismo Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, que “para a violação do impedimento meramente processual basta a sanção erigida através da nulidade do ato cumprido e da ineficácia da decisão que se fundar sobre os resultados do acerto”<sup>33</sup>.

Acerca do respeito à forma dos atos processuais, Alexandre Câmara afirma tratar-se de:

uma garantia de segurança jurídica e de respeito às normas, e existe para que se estabeleçam técnicas adequadas para a produção dos resultados a que os atos processuais se destinam. O vício de forma, portanto, contamina o ato processual, *tornando-o inválido*.<sup>34</sup>

Renato Brasileiro corrobora:

o ato processual deve ser praticado em consonância com a Constituição Federal e com as leis processuais, assegurando-se, assim, não somente às partes, como a toda a coletividade, a existência de um processo penal justo e em consonância com o princípio do devido processo legal. (...) a consequência da inobservância da forma prescrita em lei é a de que o ato defeituoso não poderá produzir os efeitos que ordinariamente teria.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. A prova ilícita por derivação e suas exceções. **II Jornada de direito processual penal da Escola de Magistratura da 1ª Região**. Brasília: ESMAF, dez.2010, v. 6. p. 200-208, p. 202. Disponível em: <ahref="http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2010;000915785">II Jornada de direito processual penal</a>. Acesso em 20/04/2017.

<sup>32</sup> GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, op. cit., p. 126-127.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 127.

<sup>34</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 149. (grifo nosso).

<sup>35</sup> LIMA, op. cit., p. 1549-1550.

Para a prova ilícita, ao revés, a solução é a inadmissibilidade desta no processo. Significa dizer que a prova ilícita, *a priori*, não deve sequer ser juntada aos autos do processo e, uma vez juntada, deve ser desentranhada em decorrência do direito de exclusão<sup>36</sup>.

Apesar de restar bastante assentado na doutrina brasileira a definição desses conceitos à luz da doutrina italiana, alguns autores trazem opiniões divergentes. De acordo com o magistério de Guilherme de Souza Nucci, o termo ilícito deve ser compreendido em sentido amplo, significando aquilo que é contrário ao ordenamento jurídico. A ilicitude é, então, concebida como gênero, que contém a prova ilegalmente colhida (ilicitude material), bem como a prova ilegitimamente produzida (ilicitude formal)<sup>37</sup>.

Para o autor, a limitação do conceito de ilicitude à violação de ordem substancial reduz, equivocadamente, o sentido da norma constitucional de vedação às provas ilícitas a medida em que exclui as provas ilegítimas do alcance da norma. Nestes termos:

Se houver a inversão dos conceitos, aceitando-se que a ilicitude é espécie da ilegalidade, então a Constituição estaria vedando somente a prova produzida com infringência às normas de natureza material e não cuidando, por força da natural exclusão, das provas ilegítimas, proibidas por normas processuais, o que nos afigura incompatível com o espírito desenvolvido em todo o capítulo dos direitos e garantias individuais.<sup>38</sup>

Com as vênias de estilo, a toda evidência, interpretar restritivamente a vedação constitucional às provas ilícitas não significa desproteger as partes de eventual violação à forma. Como dito acima, às provas ilegítimas aplica-se o sistema das nulidades, obstando-se, pois, a produção de seus regulares efeitos.

Portanto, nos parece correta a distinção traçada pela doutrina clássica de que prova ilegítima e ilícita são espécies de prova vedada, cabendo-lhes, perfeitamente, tratamentos diferenciados no processo.

Isto posto, cumpre agora debruçar-nos sobre o tratamento conferido pela Corte Superior norte-americana às provas ilícitas no processo penal, tendo em mente desde já a forte influência

---

<sup>36</sup> Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes argumenta que “enquanto a nulidade pretende *nulificar* a eficácia de uma prova, o modelo da inadmissibilidade orienta-se no sentido de impedir seu ingresso no processo (porque a prova ilícita tem todas as características de um ato inexistente). O sistema da nulidade foi pensado para operar *depois* da produção da prova, o modelo da inadmissibilidade foi criado para ter incidência antes da produção (introdução) da prova nos autos.” (GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (*exclusionary rule*). **Revista dos Tribunais**: RT, São Paulo, v. 92, n. 809, p. 471-484, mar. 2003. p. 474).

<sup>37</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 354.

<sup>38</sup> Idem.

da experiência dos Estados Unidos da América na jurisprudência assentada após a Constituição Federal de 1988 no Brasil, bem como na reforma do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690/2008.

### 3.2. As provas ilícitas no processo penal norte-americano

#### 3.2.1. *Exclusionary rules*

O valor normativo da Constituição como documento máximo da ordem jurídica é reconhecido nos EUA desde o séc. XIX<sup>39</sup>. Tal status dado à norma constitucional advém da desconfiança que tinham os colonos das leis do Parlamento inglês, em virtude das tributações excessivas em desconsideração dos interesses destes, provocando reiterada indignação<sup>4041</sup>.

Com a libertação da coroa, fundou-se, então, um Estado apoiado no postulado do governo limitado, em vistas a se resguardar a liberdade cívica e pública contra abusos e arbitrariedades estatais. A Constituição Federal de 1787 – como decisão rara do povo – tem supremacia “sobre a – movediça – vontade política, [o] que garante a maior estabilidade institucional”<sup>42</sup>.

À luz da quarta e quinta emendas à Constituição Federal estadunidense, construiu-se no ordenamento alienígena a vedação das provas obtidas por meios ilícitos no processo<sup>4344</sup>, doutrina a qual se deu o nome de *exclusionary rules*.

*The fourth amendment*<sup>45</sup> assegura:

<sup>39</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 48.

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> Nesse diapasão, o Parlamento britânico se emergiu aos colonos como “força hostil à liberdade” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 48), a propulsionar a emancipação. É importante compreender que o que estava essencialmente enredado na Revolução norte-americana não era a ruptura da ordem social vigente, mas a “compreensão, assimilação e realização da herança da liberdade” (BAILYN, 2003 apud QUINTANA, 2013, p. 141), isto é, a preservação dos antigos direitos e liberdades dos ingleses.

<sup>42</sup> QUINTANA, Fernando. *Arendt – A revolução na modernidade*. **Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região**. Rio de Janeiro, v. 18, p. 135-148, p. 147, julho/2013.

<sup>43</sup> ROMANO NETO, Odilon. Influência Americana na Reforma do Código de Processo Penal. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. v. IV, p. 327-347, p. 333, jul/dez, 2009. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21621>>. Acesso em 26/10/2016.

<sup>44</sup> A esse respeito, Ricardo Cintra Torres de Carvalho, afirma que “[e]mbora a 4.ª Emenda, diversamente da 5.ª Emenda, não contenha regra de exclusão, a Corte a isso chegou unindo os dois comandos, notando que “[a Corte] não tinha percebido que diferença substancial poderia haver entre utilizar como prova contra alguém livros e papéis particulares e obrigá-los a depor contra si mesmo””. (CARVALHO, 1995, p. 28).

<sup>45</sup> Em português, “a Quarta emenda”.

o direito do povo de estar protegido em suas pessoas, residências e papéis de buscas e apreensões arbitrárias não será violado, e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios razoáveis (*probable cause*) apoiados em juramento ou declaração, o qual descreva particularmente o local da busca, bem como as pessoas e coisas a serem apreendidas. (tradução nossa)<sup>46</sup>

Em outras palavras, traduz a inviolabilidade de pessoas, casas e documentos, impondo-se que eventual restrição se dê por meio da apresentação de mandado judicial com fundamento em indícios razoáveis.

A quinta emenda, por sua vez, prevê a garantia da liberdade pessoal, o princípio do *nemo tenetur se detegere* (direito à não auto-incriminação), o *ne bis in idem* processual, também conhecido como *double jeopardy*, bem como a garantia do devido processo legal<sup>47</sup>.

Em *Weeks v. United States*<sup>48</sup> (1914), a Suprema Corte americana assentou que as provas obtidas com transgressão a garantias constitucionais do investigado deveriam ser excluídas, não podendo ser utilizadas contra ele no processo penal<sup>49</sup>. Nesse julgamento, a Corte concluiu que a vedação de provas ilícitas nos processos federais era uma decorrência da quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos da América<sup>50</sup>.

A doutrina da *exclusionary rules* consagrou “mais do que um direito individual da parte lesada, um ‘remédio jurídico’ criado judicialmente com a destinação de proteger as normas

<sup>46</sup> “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.”. (UNITED STATES OF AMERICA. Amendment of the Constitution of the United States (1787). Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#amdt\\_4\\_1791](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_4_1791)>. Acesso em: 26/04/2017)

<sup>47</sup> *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.* (UNITED STATES OF AMERICA. Amendment of the Constitution of the United States (1787). Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#amdt\\_4\\_1791](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_4_1791)> Acesso em: 26/04/2017). Na tradução de Odilon Romano Neto (2009, p. 316): “Ninguém será detido para responder por crime capital ou outro crime infamante, 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, na milícia, durante serviço inativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou em sua integridade física; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização”.

<sup>48</sup> EUA, Suprema Corte, *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 34 S.Ct. 341, 58 L.Ed. 652 (1914).

<sup>49</sup> TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. Colhendo frutos da árvore venenosa: formação e uso dos precedentes no Brasil e nos EUA. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO**. Belo Horizonte. ano 18. n. 72. p. 189-213, p. 198, Out/Dez, 2010.

<sup>50</sup> Idem.

constitucionais da 4ª Emenda Constitucional”<sup>51</sup>. O remédio assegura ao réu o desentranhamento de toda evidência obtida como resultado dessa violação pela polícia<sup>52</sup>.

A respeito do tema, Luiz Flávio Gomes afirma “a prova obtida ilicitamente (*illegally obtained evidence*), havendo provocação do interessado (*motion to suppress*), deve ser desentranha dos autos por força da regra de exclusão (*exclusionary rule*)”<sup>53</sup>.

Assim, restou refutada a tese também muito defendida de que as provas deveriam ser consideradas eficazes e válidas no processo, resguardando-se ao prejudicado o direito de pleitear indenização civil contra o responsável pela ilicitude<sup>54</sup>.

O fundamento precípua por trás de se vedar o uso de provas ilícitas contra aquele que teve seus direitos violados é justamente o de desestimular, conter, prevenir a adoção de condutas ilegais pelos agentes policiais durante a persecução penal através da remoção do estímulo ao seu desrespeito (caso *Elkins v. U.S.*, 1960)<sup>55</sup>.

Trata-se da função preventiva da inadmissibilidade da prova ilícita, também conhecida em doutrina como função pedagógica. Sobre ela, Eugênio Pacelli leciona com exatidão:

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito (...) a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente *pedagógica*, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.<sup>56</sup>

Igualmente esclarecedora é a lição de Mário Antônio Conceição:

[As] *exclusionary rules*, mais do que coibir exageros da Polícia, é utilizada no sentido de prevenir condutas irregulares de seus agentes – ou seja, para que os policiais tenham consciência de que aquela conduta acarreta a não utilização da prova – e assim deixarem de agir contra direitos e garantias individuais. A sua aplicação tem, portanto, intuito verdadeiramente preventivo.<sup>57</sup>

<sup>51</sup> FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal: Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: uma abordagem sistemática**. Niterói: Impetus, 2008, p. 194.

<sup>52</sup> KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ, 1998, p. 228 apud ROMANO NETO, op. cit., loc. cit.

<sup>53</sup> GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 475

<sup>54</sup> Cf. ROMANO NETO, op. cit., p. 318 e LIMA, Renato Brasileiro, op. cit., p. 611.

<sup>55</sup> FEITOZA, op. cit. loc. cit.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 344.

<sup>57</sup> CONCEIÇÃO, Mário Antônio. A regra da exclusão de prova ilícita: Um novo paradigma instituído pela Lei nº 11.690/2008. **Revista JUS Belo Horizonte**, ano 44, n. 28, p. 02, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97728>>. Acesso em: 26/10/2016.

Sem embargos do principal propósito de vedação ser o resguardo das liberdades individuais a partir da contenção da atuação ilegal de agentes estatais, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana aponta outros objetivos igualmente relevantes.

Com efeito, a Corte Constitucional dos EUA entende que as *exclusionary rules* visam um imperativo de integridade judicial, haja vista que não caberá ao Judiciário tornar-se cúmplice de violações da Constituição, bem como um imperativo de confiabilidade no Governo, ao passo em que se torna de conhecimento do cidadão que o governo não se beneficiará de condutas contrárias à lei<sup>58</sup>.

Retornando ao caso *Weeks v. US*, o qual inaugurou o direito de exclusão das provas, vale esclarecer que, na oportunidade, o alcance da proibição assentada pela Corte era restrito aos processos federais e às evidências obtidas por agentes da polícia federal, por consequência de uma interpretação radical do princípio federativo<sup>59</sup>.

A leitura restritiva das emendas a nível federal tem relação direta com o próprio nascedouro da Carta de Direitos (*Bill of Rights*)<sup>60</sup>. Este documento, na origem, consubstanciava um conjunto de garantias dos cidadãos – livres do domínio inglês – para resguardá-los da tirania do Governo Federal<sup>61</sup>. Nesse ínterim, a força das emendas à Constituição Federal não se aplicava às perseguições criminais da esfera estadual.

Esse entendimento somente restou superado no julgamento do emblemático caso *Mapp v. Ohio*<sup>62</sup> (1961), em que Dollree Mapp teve sua casa invadida por agentes da Polícia Estadual, os quais, fingindo portar mandado judicial, adentraram na residência em busca de um suspeito. Embora não tenham encontrado quem buscavam, a Polícia apreendeu um baú com fotografias obscenas, o que acarretou na prisão de Mapp pela posse de pornografia<sup>63</sup>.

Não obstante Dollree Mapp ter sido condenada em primeira instância e também em grau de apelação, porque as provas ilícitas não estavam banidas das Cortes Estaduais<sup>64</sup>, a situação se reverteu na Suprema Corte norte-americana. A Corte decidiu que o direito de exclusão passava

---

<sup>58</sup> ROMANO NETO, op. cit., p. 318.

<sup>59</sup> Idem.

<sup>60</sup> ROMANO NETO, op. cit. p. 333-334.

<sup>61</sup> Idem.

<sup>62</sup> EUA, Suprema Corte, *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 81 S. Ct. 1684, 6 L. Ed. 2d. 1081 (1961).

<sup>63</sup> *US COURT*. (Produtor) *Mapp v. Ohio* (Audio *podcast*). *Supreme Court Landmarks*. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/supreme-court-landmarks/mapp-v-ohio-podcast>>.

<sup>64</sup> Idem.

a ser aplicável aos Estados, em razão da cláusula de devido processo legal constante na 14ª Emenda à Constituição Federal, que diz que nenhum Estado poderá privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal<sup>6566</sup>.

### 3.2.2. *Os frutos da árvore envenenada*

No resguardo das garantias dos cidadãos, mostrou-se insuficiente que o alcance do direito de exclusão da prova restrinja-se àquela obtida diretamente por meios ilícitos, pois torna-se facilmente contornável a ilicitude da conduta, de modo a persistir a situação de vulnerabilidade às ofensivas estatais.

A título de ilustração, imagine-se que uma pessoa é submetida a interceptação telefônica ilegal. Invariavelmente, o conteúdo da conversa será declarado inadmissível como prova. Contudo, há a possibilidade de os agentes estatais terem apreendido objetos (drogas, por exemplo), provas cabais do crime, a partir das informações obtidas ilegalmente.

Nesse caso, se aceitarmos os objetos apreendidos contra o réu, resta evidente que a *exclusionary rule* não alcança aquilo a que se propõe, a função pedagógica. Corroborando essa afirmativa, Guilherme de Souza Nucci aduz que:

Se for aceita como lícita a segunda prova, somente porque houve a expedição de mandado de busca por juiz de direito, em última análise, estar-se-ia compactuando com o ilícito, pois se termina por validar a conduta ilegal da autoridade policial. De nada adianta, pois (...) proibir a prova obtida por meios ilícitos, uma vez que a prova secundária serviu para condenar o réu, ignorando-se a sua origem em prova imprestável.<sup>67</sup>

Nesse ínterim, consagra-se o princípio da contaminação, cuja primeira aparição ocorreu em 1920 no caso paradigmático *Silverthorne Lumber Co. v. United States*<sup>68</sup> julgado pela Suprema Corte norte-americana. Mais tarde, no caso *Nardone v. United States* (1939) cunhou-

<sup>65</sup> *UNITED STATES OF AMERICA. Amendment of the Constitution of the United States (1787)*. Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#amdt\\_4\\_1791](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_4_1791)> Acesso em: 26/04/2017.

<sup>66</sup> *BILL OF RIGHTS INSTITUTE. Mapp v. Ohio (1961)*. Disponível em: <<https://billofrightsinstitute.org/educate/educator-resources/lessons-plans/landmark-supreme-court-cases-lessons/mapp-v-ohio-1961/>>. Acesso em: 26/04/2017.

<sup>67</sup> NUCCI, op. cit., p. 358.

<sup>68</sup> EUA, Suprema Corte, *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, 40 S.Ct., 182 64 L.Ed. 319 (1920).

se a disseminada expressão *fruits of the poisonous tree*<sup>69</sup>, conhecida como frutos da árvore envenenada<sup>70</sup> no Brasil.

Na oportunidade, o juiz Frankfurter afirmou que “proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com os padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal”<sup>71</sup>.

A partir do princípio da contaminação, vislumbra-se o fenômeno da prova ilícita por derivação. As provas ilícitas por derivação são aquelas que, embora produzidas com a devida observância de formalidades legais em momento posterior, a sua colheita somente foi possível em virtude de prova ilícita anterior<sup>72</sup>. Assim, a prova ilícita por derivação não é, por si só, ilícita, mas encontra-se afetada pelo vício da ilicitude originária, que se transmite aos demais elementos probatórios, contaminando-os, por conta de uma insuperável relação de causalidade.

Para Eugênio Pacelli<sup>73</sup>, a teoria dos *fruits of the poisonous tree* consiste em uma consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. Sendo certo afirmar que a prova derivada, tal qual a que detém a ilicitude originária, deve ser excluída dos autos do processo.

### 3.2.3. *Limitações à prova ilícita por derivação*

Não obstante tenha a Suprema Corte norte-americana se empenhado em firmar o direito de exclusão da prova, reconhecendo, inclusive, a sua ampliação para alcançar também os frutos contaminados, tendo em mira a rigidez de tais regras, o órgão jurisdicional veio a recuar posteriormente<sup>74</sup>. Sendo assim, desenvolveu-se exceções às *exclusionary rules*, isto é, limitações à ilicitude por derivação.

---

<sup>69</sup> LOPES JR., op. cit., p. 409

<sup>70</sup> Leonardo Costa de Paula (2009, p. 318) assevera que chamar de “frutos da árvore envenenada” é uma tradução inexata, tendenciosa a provocar uma má interpretação do conceito. Sustenta que o seu significado seria melhor alcançado se chamada de árvore *venenosa*, para deixar claro que qualquer fruto que resulte dela será venenoso, imprestável. Outro nome encontrado na doutrina para designar tal teoria é “efeito à distância” (NUCCI, 2009, p. 358).

<sup>71</sup> PIEROBOM DE ÁVILA, Thiago André. Provas Ilícitas e Proporcionalidade. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. p. 152. apud LOPES JR., op. cit., p. 409.

<sup>72</sup> MATTOS, op. cit., p. 69.

<sup>73</sup> OLIVEIRA. op. cit., p. 363.

<sup>74</sup> LIMA, op. cit., p. 616.

Algumas das exceções reconhecidas no ordenamento jurídico norte-americano foram internalizadas no direito brasileiro, merecendo, pois, os nossos olhares atentos.

### 3.2.3.1. *Fonte independente*

A limitação da fonte independente, conhecida nos EUA como *independent source doctrine*, trata da hipótese em que, a despeito de haver alguma ilicitude durante a persecução penal, a acusação demonstra que obteve novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, sem qualquer vínculo de causalidade com a prova originariamente ilícita.

No caso *Bynum v. U.S.*, de 1960, a Polícia colheu a identificação dactiloscópica do suspeito Bynum durante uma prisão ilegal, ocasionando a exclusão da prova ilícita por derivação. Apesar disso, a acusação teve acesso a um antigo arquivo com planilhas dactiloscópicas do FBI que continha os dados do acusado e era capaz de colocá-lo no local do crime pela correspondência das impressões digitais. Sem embargos da ilicitude anterior, a verificação das antigas planilhas insere-se no conjunto da atividade policial regular e não mantinha qualquer relação de dependência com àquela. Assim, como resultado, as impressões digitais foram admitidas pela Corte como prova independente<sup>75</sup>.

No caso *Murray v. U.S.*, de 1988<sup>76</sup>, policiais suspeitaram de prática de tráfico de drogas no interior de uma residência e, então, adentraram-na ilegalmente, confirmando a ocorrência da atividade criminosa. Seguidamente, requereram um mandado judicial de busca e apreensão referindo-se tão-somente aos elementos suspeitos que já tinham conhecimento antes do ingresso ilegal<sup>77</sup>. O juiz deferiu prontamente o pedido, ocasionando a busca e apreensão das drogas com a cobertura de um mandado judicial válido, cuja admissibilidade, no entanto, veio a ser questionada judicialmente, tendo em vista a violação de domicílio anterior.

A conclusão da Corte foi no sentido de que a prova era válida, pois, o mandado de busca e apreensão, fundado apenas nos indícios iniciais, teria sido obtido de qualquer maneira. Em outras palavras, a existência de conduta ilícita anterior não interferiu no processo decisório do juiz de afastar a inviolabilidade de domicílio em face à presença de *probable cause*. A prova,

---

<sup>75</sup> Idem.

<sup>76</sup> EUA, Suprema Corte, *Murray v. United States*, 487 U.S. 533, 108 S.Ct. 2529, 101 L.Ed.2d 472 (1988).

<sup>77</sup> LOPES JR., op. cit., p. 410.

portanto, não estaria contaminada pela mácula da ilicitude originária, uma vez que é autônoma com relação a esta e, sendo assim, perfeitamente admissível no processo.

Cumprе salientar, desde já, que a limitação da fonte independente passou a ter previsão normativa expressa no Código de Processo Penal brasileiro, a partir da publicação da Lei 11.690/08.

### 3.2.3.2. *Descoberta inevitável*

Segundo a teoria da descoberta inevitável – *inevitable discovery limitation* –, a prova será reputada válida caso reste demonstrado, com base em um juízo concreto de probabilidade, que a prova ilícita por derivação seria produzida de um jeito ou de outro, independentemente da prova ilícita originária.

A respeito da necessária demonstração de que a descoberta seria verdadeiramente inevitável, Renato Brasileiro salienta que:

[a] aplicação dessa teoria não pode ocorrer com base em dados meramente especulativos, sendo indispensável a existência de dados concretos a confirmar que a descoberta seria inevitável. Somente com base em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação será possível dizer que a descoberta seria inevitável. Em outras palavras, não basta um juízo do possível. É necessário um juízo do provável, baseado em elementos concretos de prova.

No direito norte-americano, esta mitigação à teoria dos frutos da árvore envenenada foi aplicada no caso *Nix v. Williams-Williams II*, em 1984<sup>78</sup>, em que uma confissão ilegal obtida de acusado desvendou o paradeiro do corpo da vítima do homicídio, localizado à beira de uma estrada numa vala<sup>79</sup>. Ocorre que um grupo de centenas de voluntários já estava à procura da vítima e seguiam um planejamento de buscas cuidadosamente elaborado, o qual, eventualmente, abarcaria o local onde o corpo foi descoberto<sup>80</sup>.

Diante desta conjuntura, a Suprema Corte concluiu que não existia espaço para a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada quando restar demonstrado pela acusação que a prova secundária teria sido descoberta “inevitavelmente” mediante as atividades

---

<sup>78</sup> EUA, Suprema Corte, *Nix v. Williams (Williams II)*, 467 U.S. 431, 104 S.Ct. 2501, 81, L.Ed.2d. 377 (1984).

<sup>79</sup> FEITOZA, op. cit., p. 199.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 200.

investigatórias de praxe sem relação causal com a violação<sup>81</sup>. Há, contudo, a imposição de que se demonstre com base em fatos históricos que essa descoberta era verdadeiramente inevitável, tal como ocorreu com o caso concreto elucidado acima, em que o local onde fora ocultado o cadáver constava nos planos de busca dos voluntários.

No Brasil, a doutrina afirma que a noção de descoberta inevitável tem previsão normativa no § 2º do art. 157, contudo, a redação do dispositivo apresenta alguns equívocos cometidos pelo legislador a respeito dela, os quais serão elucidados no capítulo “As provas ilícitas no processo penal brasileiro”.

### 3.2.3.3. *Exceção da boa-fé do policial*

Uma terceira exceção à aplicação do princípio da exclusão é a denominada exceção da boa-fé, denominada em inglês de *good faith exception*.

Como visto, o direito de exclusão, tal como consagrado no direito norte-americano, tem como fundamento primordial prevenir, dissuadir, intimidar futuras violações às garantias constitucionais pela retirada do incentivo ao seu desrespeito<sup>82</sup>. Assim, o seu propósito principal é, exatamente, o efeito dissuasivo que repercute sobre eventuais tentações à prática de ilicitudes durante a atividade policial.

Tendo em mira a função de prevenir a conduta policial ilícita da regra de exclusão, o juiz White, divergindo no caso *Stone v. Powel* (1976)<sup>83</sup>, fundamentou que não seria adequado aplicá-la “naquelas hipóteses em que um policial fizesse uma apreensão ilícita atuando na crença da boa-fé de que sua conduta estava conforme o direito existente e tendo motivos razoáveis para sua crença”<sup>84</sup>.

No caso *U.S. v. Leon*, de 1984<sup>85</sup>, mais uma vez, o juiz White invocou a boa-fé do agente policial no cumprimento da diligência a fim de afastar casuisticamente a regra da exclusão da prova. Dessa vez, o seu voto foi acolhido por maioria na Suprema Corte norte-americana.

---

<sup>81</sup> Idem.

<sup>82</sup> FEITOZA, op. cit., p. 194.

<sup>83</sup> EUA, Suprema Corte, *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 96 S.Ct. 3037, 49 L.Ed. 2d. 1067 (1976).

<sup>84</sup> FEITOZA, op. cit., p. 195.

<sup>85</sup> EUA, Suprema Corte, *United States v. Leon*, 468 U.S. 897, 104, S.Ct. 3405, 82 L.Ed. 2d 677 (1984).

Em síntese, a problemática girou em torno da necessidade ou não de exclusão de prova obtida por meio de diligência policial que, embora realizada ao abrigo de mandado de busca e apreensão expedido por um juiz neutro e imparcial, posteriormente, revelou-se não estar a autorização judicial embasada em indícios necessários para a sua expedição (*probable cause*).

Por maioria, a Corte reconheceu a exceção da boa-fé, denominada em inglês de *good faith exception*, pelos seguintes argumentos: a consagração da regra de exclusão destina-se a dissuadir a má conduta policial, e não a punir os erros dos juízes; não há provas no sentido de que os juízes estejam inclinados a ignorar a Quarta Emenda à Constituição, não se exigindo, pois, que suas ações se sujeitem à sanção da exclusão; e, por fim, não há evidências a apontar que a exclusão de provas nessa hipótese venha a ter qualquer efeito dissuasivo sobre a atuação dos juízes<sup>8687</sup>.

Portanto, a sanção da exclusão da prova é um remédio criado judicialmente para salvaguardar os direitos da Quarta Emenda através do seu efeito dissuasivo, o que não era alcançado no caso concreto, uma vez que o policial tinha motivos objetivamente razoáveis para confiar na prévia decisão judicial e acreditar que agia em obediência à ordem jurídica.

A Corte concluiu que a aplicação indiscriminada das regras de exclusão – impedindo a função de verificação da verdade do sistema da justiça criminal e permitindo que réus culpados fiquem livres – pode gerar desrespeito pelo Direito e pela administração da justiça<sup>88</sup>. Assim, “[n]uma análise de custo-benefício, como não havia qualquer benefício com a exclusão da prova, que seria a prevenção de futuras violações, não se justificaria o custo da exclusão da prova”<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> CASE BRIEFS. *United States v. Leon*. Disponível em: <<http://www.casebriefs.com/blog/law/criminal-procedure/criminal-procedure-keyed-to-weinreb/the-fourth-amendment-arrest-and-search-and-seizure/united-states-v-leon-4/2/>>. Acesso em 15/05/2017.

<sup>87</sup> Nessa linha: FEITOZA, Denilson, op. cit., p. 196.

<sup>88</sup> “*Indiscriminate application of [468 U.S. 897, 898] the exclusionary rule - impeding the criminal justice system's truth-finding function and allowing some guilty defendants to go free - may well generate disrespect for the law and the administration of justice*”. EUA, Suprema Corte, *United States v. Leon*, 468 U.S. 897, 104, S.Ct. 3405, 82 L.Ed. 2d 677 (1984). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/468/897.html>>. Acesso em 15/05/2017.

<sup>89</sup> FEITOZA, op. cit., p. 196.

Portanto, observa-se que a motivação da aplicação da teoria da boa-fé teve “conotação estritamente pragmática que, além de pretender resguardar a imagem do Poder Judiciário, foca na ideia de efeitos contrários à atividade policial”<sup>90</sup>.

Por fim, cumpre frisar que, embora inexista previsão normativa da exceção da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro, há um movimento atual do Ministério Público Federal para que esse permissivo passe a constar expressamente no Código de Processo Penal. Contudo, iremos analisar, no capítulo “Breves comentários à 7ª Medida contra a Corrupção (PL nº 4.850/2016)”, a aplicabilidade ou não desta teoria, como exceção à regra de exclusão, no Brasil.

#### 3.2.3.4. *Mancha purgada ou tinta diluída*

A exceção da mancha purgada<sup>91</sup> permite o uso de provas, inserta na linha de desdobramento causal de uma ilicitude, quando um evento subsequente remova a “mancha” da violação a garantia individual que levou à descoberta da evidência. A teoria também é conhecida como limitação dos vícios sanados ou da tinta diluída (em inglês: *purged taint*).

No caso *Wong Sun v. U.S.*<sup>92</sup>, de 1963, agentes federais adentraram, ilegalmente, no domicílio de Blackie Toy, onde efetuaram a sua prisão, acusando-o de traficar drogas, a despeito da ausência de mandado judicial ou *causa provável* (indícios probatórios necessários para tanto). Das declarações prestadas por Blackie Toy, durante a sua prisão, resultou uma sequência de buscas e prisões ilegais de pessoas indicadas por ele como integrantes da cadeia do tráfico de drogas. A Suprema Corte dos EUA, a esse respeito, concluiu pela ilicitude dessas provas, em virtude do princípio da contaminação.

Ocorre que Wong Sun, o último apontado dessa cadeia, dias após ter sido solto, retornou à Delegacia e confessou voluntariamente o crime de tráfico de drogas. Apesar da confissão estar na linha de desdobramento causal das ilicitudes anteriores, o caso levantou incertezas sobre a incidência ou não da teoria dos frutos envenenados em virtude da voluntariedade do ato.

<sup>90</sup> COSTA, Renata Tavares da.; SAMPAIO JR., Denis Andrade. 10 Medidas em xeque: uma análise crítica das propostas de combate à corrupção, Medida 7, p.31-36. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d8a82703a08b4a4096424c576bdf239.pdf>> Acesso em 20/10/2016. p. 36.

<sup>91</sup> Aliás, a título de curiosidade, purgatório é uma derivação sufixada do verbo “purgar”, que, segundo algumas religiões, significa o local de purificação das almas. (PURGAR. In: **DICIONÁRIO da Língua Portuguesa**. Edição de Elena Lovisolo. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1992, p. 922)

<sup>92</sup> EUA, Suprema Corte, *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 83 S.Ct. 407, 9 L.Ed. 2d 441 (1963).

O posicionamento da Corte perante este impasse é esclarecido nas lições de Romano Neto:

Evidentemente, esta segunda confissão nunca teria existido não fossem as ilegalidades originárias praticadas pela polícia; no entanto, entendeu a Suprema Corte que estava de tal forma caracterizada a fragilidade da derivação (regresso espontâneo dias depois da soltura), que a confissão haveria de ser considerada oriunda de uma fonte independente (a própria e espontânea vontade de confessar – *independent act of free will*), sendo, portanto, admissível sua utilização como prova.<sup>93</sup>

Portanto, diante da confissão espontânea de Wong Sun, após o relaxamento de sua prisão e de ter sido ele advertido sobre seus direitos, a Corte concluiu que esta conexão entre a prisão e a prova obtida se atenuou de modo a dissipar o vício original<sup>94</sup>.

Não se tem conhecimento de decisões do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça que apliquem a limitação da mancha purgada<sup>95</sup>. No entanto, há quem defenda que a teoria foi adotada pelo ordenamento jurídico interno quando da Reforma do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690/08, o que será visto no Capítulo seguinte.

### 3.3. As provas ilícitas no processo penal brasileiro:

#### 3.3.1. Breve histórico

O Código de Processo Penal vigente teve a sua gênese no governo ditatorial de Getúlio Vargas, em 1941, inspirando-se no fascista Código de Rocco. O processo, à época, não tinha como função proteger o indivíduo do arbítrio estatal; mas, ao revés, tão somente assegurar a aplicação de pena ao autor de uma infração penal, garantindo o *ius puniendi*<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ, 1998, p. 228 apud ROMANO NETO, op. cit, p. 338.

<sup>94</sup> Jerold H. Israel & Wayne R. Lafave, *Criminal procedure: constitutional limitations*, 4. ed., St. Paul, Minn., West Publishing, 1988, p. 286-288. apud GOMES FILHO. Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 85. p. 393-410. Jul – Ago, 2010, p. 397.

<sup>95</sup> LIMA, op. cit., p. 619.

<sup>96</sup> PAULA, Leonardo Costa de. Auto-incriminação e ilicitude na obtenção da prova – a limitação do poder. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. v. IV, p. 307-326. Jul/Dez, 2009. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21620>>. Acesso em 26/10/2016. p. 312.

A sujeição aos dogmas do livre convencimento e da verdade real resultava que, em um eventual balanceamento dos interesses em jogo, preponderasse o princípio da investigação criminal, em prejuízo do acusado, ainda que fundada em meios ilícitos<sup>97</sup>.

Conforme esclarece Luiz Flávio Gomes<sup>98</sup>, da vigência do CPP até meados dos anos 70, prevaleceu no nosso ordenamento jurídico a visão legalista de prova ilícita, segundo o qual ela é considerada eficaz e válida, sem embargos do cabimento de sanções na esfera civil, penal e/ou disciplinar da pessoa a quem se atribuiu a obtenção ilícita da prova, seja um particular, seja uma autoridade pública. Vigorava, pois, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. (prova mal colhida, mas bem produzida).

Vale mencionar o caso emblemático dos irmãos Naves, que foram condenados pelo crime de homicídio com base em prova ilícita e 15 anos após a condenação veio à luz a falha do Judiciário:

Em 1937, eles foram presos sob a acusação de ter matado o sócio e primo Benedito Pereira Caetano, que desapareceu, sem deixar rastro, levando 90 contos de réis, hoje o equivalente a 270 mil reais. O Delegado chegou à conclusão de que os irmãos mataram o primo para ficar com o dinheiro. A polícia torturou até familiares para descobrir o esconderijo do dinheiro, conseguindo dessa forma a confissão dos presos que, levados a júri, foram absolvidos; a acusação não se conteve e recorreu; os jurados mantiveram a absolvição. Como na época o júri não tinha soberania, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a decisão e condenou Joaquim e Sebastião a 16 anos e seis meses de reclusão. Oito anos depois tiveram livramento condicional; Joaquim pouco depois morreu como indigente e Sebastião encontrou o primo vivo em julho de 1952, constatando assim a inexistência do homicídio, o acerto dos jurados com a decisão de absolvição e o grande erro do Tribunal. A descoberta provocou ação de revisão criminal que concluiu por inocentar os irmãos, em 1953, e em 1960, o Judiciário concedeu indenização aos herdeiros<sup>99</sup>.

Registrando a transição do sistema legalista para o constitucionalista, que inadmitte o uso da prova ilícita no processo, o Supremo Tribunal Federal, em 1977, assentou, pela primeira vez no âmbito daquela corte, o desentranhamento dos autos do processo de fitas gravadas clandestinamente (RTJ 84/609). No campo do processo penal, o mesmo foi decidido em 1986,

---

<sup>97</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44. apud LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal* 4ª ed. Salvador: Ed. Juspodvim, 2016. p. 614.

<sup>98</sup> GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 471.

<sup>99</sup> CARDOSO, Antonio Pessoa. Erros judiciais causam danos a inocentes. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161127,21048-Erros+judiciais+causam+danos+a+inocentes>> . Acesso em 07/06/2017.

oportunidade em que se determinou o trancamento do inquérito policial fundado em interceptação telefônica clandestina (RTJ 122/47)<sup>100</sup>.

### **3.3.2. *Influência do direito norte-americano na Reforma de 2008 e nos HC's anteriores à reforma***

A consagração dessa inclinação da doutrina e jurisprudência nacionais se solidificou com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988.

Em meio ao processo de redemocratização do país, o constituinte originário sentiu a necessidade de elencar um rol expressivo de direitos individuais e coletivos na Carta Magna. Dentre os quais, encontra-se inserida a cláusula de que vedação das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CRFB/1988), como antes mencionado.

Nesse momento histórico e político, Scarance Fernandes aponta que emergia o valor dominante de que a Constituição contivesse normas de cunho garantista para assegurar os direitos fundamentais da pessoa contra o poder estatal intervencionista, no relacionamento indivíduo-Estado<sup>101</sup>.

O respeitado doutrinador, analisando com precisão a interação entre o processo e o Estado, diz:

As alterações políticas no tempo e a diversidade de ideologias em uma mesma época ocasionam diferentes tratamentos aos institutos processuais na evolução histórica e nos vários países, e fazem com que não possam ser objeto de uma disciplina definitiva e uniforme. A maneira como são cuidados depende, essencialmente, da predominância que se dê ao indivíduo em confronto com o Estado, ou, ao contrário, ao Estado em face do indivíduo. (...)

O processo penal, especialmente, por trabalhar com um bem fundamental do ser humano, a sua liberdade, reflete a concepção política dominante e o seu modo de tratar os direitos, as garantias do suspeito, do acusado e os interesses dos órgãos incumbidos da persecução penal. Por isso, 'as orientações políticas típicas, historicamente afirmadas, influíram' de modos diferentes, como acentua, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, 'na estrutura e caracterização do processo penal'<sup>102, 103</sup>.

<sup>100</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: RT, ano 18, nº 85, jul.-ago. 2010, p. 397.

<sup>101</sup> FERNANDES, op. cit., p. 19.

<sup>102</sup> CARULLI, *Il diritto di difesa dell'imputato*, p. 7-8. apud FERNANDES, op. cit., p. 21.

<sup>103</sup> FERNANDES, op. cit., loc. cit.

Na mesma linha, James Goldschmidt assevera que a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição<sup>104</sup>.

Nesse contexto de acentuação da proteção de garantias, os acórdãos do Supremo Tribunal Federal no tocante à prova ilícita apontam, naturalmente, a manutenção da posição construída antes da Constituição Federal de inadmissibilidade das provas ilícitas<sup>105</sup>.

O HC nº 69.912/RS<sup>106</sup> teve especial relevância. O caso versava sobre uma investigação de tráfico de entorpecentes, em que a Polícia, com autorização judicial, interceptou comunicações telefônicas dos investigados durante período suficiente para obter a identificação do local onde as drogas eram armazenadas. Com a obtenção dessa informação, as substâncias ilícitas vieram a ser regularmente apreendidas, além de ter ocorrido a prisão em flagrante dos investigados.

Nesta oportunidade, a Corte Constitucional teve que se debruçar sobre duas questões de acentuada importância.

A primeira é sobre se o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal exigia a edição de diploma normativo específico para regulamentar a quebra de sigilo das comunicações telefônicas ou se a reserva de lei estava satisfeita pela recepção do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações<sup>107</sup>.

Conforme dispõe a norma constitucional, a quebra do sigilo para ser idônea depende de “ordem judicial, *nas hipóteses e na forma* que a lei estabelecer”<sup>108</sup>. A partir da exigência do texto constitucional, prevaleceu o entendimento de que as interceptações telefônicas devem, de fato, obediência a estatuto jurídico específico para serem válidas.

Deste modo, todas as provas obtidas mediante quebra do sigilo telefônico anteriores à publicação da Lei 9.296/1996 foram consideradas ilícitas, mesmo que preenchido o requisito

---

<sup>104</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, Barcelona, Bosch, 1935, p. 67 apud LOPES JR., Aury, op. cit., p. 355.

<sup>105</sup> GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, op. cit., p. 133.

<sup>106</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **HC 69.912/RS** segundo, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 16/12/1993, DJ 25/03/1994.

<sup>107</sup> BRASIL. **Código Brasileiro de Telecomunicações**. Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4117.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm)>. Acesso em: 20/04/2017.

<sup>108</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

da autorização judicial, como era o caso concreto. Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem de *habeas corpus* por empate<sup>109</sup>.

A outra questão importante que se levantou foi o debate sobre se a ilegalidade das interceptações telefônicas teria o condão de contaminar a apreensão das drogas, cuja localização só se obteve em razão da quebra ilegal do sigilo da comunicação telefônica. Trata-se, evidentemente, de clara discussão em torno da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Contudo, em razão de uma interpretação literal do inciso LVI do art. 5º, o Supremo Tribunal Federal rejeitou, em um primeiro momento, a adoção desta teoria. Assim, não obstante estivesse demonstrado o nexo de causalidade da interceptação telefônica ilegal com as provas posteriores, estas, regularmente colhidas, foram julgadas admissíveis, uma vez que a inadmissibilidade da prova aplicar-se-ia estritamente àquela colhida ilícitamente.

A respeito da decisão do STF, Renato Brasileiro comenta:

Inicialmente, prevaleceu a posição do Min. Moreira Alves, segundo o qual a dicção normativa empregada pelo constituinte no art. 5º, LVI, claramente sufragou a tese de que somente devem ser consideradas inadmissíveis no processo as provas ilícitas em si mesmas, e não aquelas a que se chegou por meio daquelas, consideradas não como provas, mas apenas como pistas, e que foram produzidas licitamente.<sup>110</sup>

Com a mudança de composição do STF, após a aposentadoria do Ministro Paulo Brossard e ingresso do Ministro Maurício Correia no Tribunal<sup>111</sup>, vingou no Pleno da Corte Constitucional, por maioria, o posicionamento favorável a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada. *In verbis*:

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

<sup>109</sup> Cumpre esclarecer que houve bastante dissenso na Corte sobre a solução do caso. Tanto é assim que, inicialmente, a ordem fora denegada por maioria de votos consoante voto condutor do Juiz Hadad Viana, que, consignou na ementa: "O texto constitucional excepciona a vedação da prova colhida por escuta telefônica a realizada por ordem judicial, para investigação criminal ou instrução processual penal. Recepção do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações." No entanto, em momento posterior, verificou-se o impedimento do Ministro Néri Silveira que votara a favor da legalidade da prova. Com isso, o julgamento foi renovado e a ordem de *habeas corpus* concedida.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **HC 69.912/RS** segundo, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 16/12/1993, DJ 25/03/1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo36.htm>> Acesso em: 03/05/2017.

<sup>110</sup> LIMA, op. cit., p. 614.

<sup>111</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 32. apud ROMANO NETO, Odilon. op. cit., p. 332.

REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. *FRUITS OF THE POISONOUS TREE*. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- *contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta*. Habeas corpus concedido.<sup>112</sup>

O reconhecimento do princípio da contaminação significou, certamente, uma conquista no seio do garantismo processual, haja vista que a proteção do indivíduo é uma razão inversamente proporcional à tolerância do direito com violações de garantias na persecução criminal, na busca incessante do “equilíbrio entre o ideal de segurança pública e a imprescindibilidade de se resguardar o indivíduo em seus direitos fundamentais”<sup>113</sup>.

Contudo, a ausência de um estatuto legal que conferisse qualquer tratamento à matéria fez perdurar solo arenoso acerca dos contornos da vedação. Isso porque, mesmo entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, existia forte dissenso sobre o tema, a propiciar que outra eventual mudança na composição da Corte significasse, mais uma vez, uma mudança do entendimento majoritário.

Odilon Romano Neto, analisando o momento anterior a Reforma do CPP, preleciona:

a ausência de um maior detalhamento no plano normativo infraconstitucional criava um ambiente de absoluta insegurança jurídica a respeito do tema, eis que qualquer dos posicionamentos a respeito da teoria dos frutos da árvore envenenada contava com adesão quase idêntica dentre os Ministros integrantes daquela Corte.<sup>114</sup>

Apesar das legítimas preocupações com segurança jurídica apontadas pelo autor, o vazio legislativo perdurou duas décadas até a publicação da Lei 11.690/2008, dando ao Código de Processo Penal a redação vigente hoje.

É certo que a omissão do Poder Legislativo somada à necessidade concreta de se conferir maior detalhamento a matéria fez com que a responsabilidade em delineá-la coubesse, ao longo desses vinte anos, à jurisprudência e à doutrina.

<sup>112</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **HC 73.351**, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 09/05/1996, DJ 19/03/1999. No mesmo sentido: STF, Plenário, **HC 72.588/PB**, Relatoria Ministro Maurício Corrêa, DJ 04/08/2000.

<sup>113</sup> FERNANDES, op. cit., p. 19.

<sup>114</sup> ROMANO NETO, op. cit., p. 331.

O Supremo Tribunal Federal teve outras oportunidades de inovar acerca do tema, além da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, veio a aplicar a mitigação ao princípio da contaminação da teoria da fonte independente<sup>115</sup>.

A partir da entrada em vigor da Lei nº 11.690/08, o nosso Código de Processo Penal incorporou de maneira expressa conceitos advindos da experiência norte-americana, como a teoria dos frutos da árvore envenenada e da fonte independente.

Não obstante representar um avanço sob o aspecto legislativo porque, enfim, conferiu regulamentação infraconstitucional à matéria, já há muito aclamada, ressalta-se que a reforma processual não saiu ileso de críticas doutrinárias.

Diz o *caput* do art. 157, CPP, com a redação conferida pela Lei nº 11.690: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”<sup>116</sup>.

Nota-se que o legislador não tomou em consideração a diferenciação consagrada em doutrina entre as denominadas provas ilícitas e as provas ilegítimas. Conseqüentemente, a definição ampla constante no referido dispositivo legal não teve a aprovação de nomes de peso para o processo penal<sup>117</sup>. Seguindo essa linha, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes aduzem que:

[n]ão parece ter sido a melhor a opção da Lei 11.690/2008, ao definir a prova ilícita como aquela ‘obtida em violação às normas constitucionais ou legais’ (nova redação do art. 157 CPP). A falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual 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. O não cumprimento da lei processual leva à nulidade do ato de formação da prova e impõe sua renovação, nos termos do art. 573, *caput*, do CPP.<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> Nesse sentido, remetemos o leitor ao HC 75.497/SP, de relatoria do Min. Mauricio Corrêa, publicado em 09/05/2003 e ao HC 83.921/RJ, de relatoria do Min. Eros Grau, publicado em 27/08/2004.

<sup>116</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm)>. Acesso em: 24/04/2017.

<sup>117</sup> Em sentido minoritário, temos o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci, que sustenta: “A partir da nova redação conferida ao art. 157, *caput*, do CPP, soa-nos nítida a inclusão, no termo maior provas ilícitas, daquelas que forem produzidas ao arpejo das normas constitucionais ou legais. Logo, a infringir a norma constitucional ou qualquer lei infraconstitucional (direito material ou processual), pois não fez o referido art. 157 nenhuma distinção, torna a prova ilícita. Este é, pois, o gênero e não a espécie.” (NUCCI, *op. cit.*, p. 354).

<sup>118</sup> GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, p. 127.

Ademais, doutrina de peso atenta que o legislador incorreu em compreensão equivocada acerca dos conceitos de fonte independente e da descoberta inevitável, sendo certo que, embora sejam ambas hipóteses de aproveitamento da prova, elas não se confundem<sup>119</sup>.

É necessário, então, tomar especial cuidado com a redação do art.157, § 2º, CPP, *in verbis*: “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”<sup>120</sup>.

A bem da verdade, tal definição melhor se coaduna com a acepção da limitação da descoberta inevitável. Isso porque o dispositivo legal ao empregar o verbo “ser” no condicional afasta o caráter de certeza que é inerente à limitação da fonte independente. Ao revés, adentra no terreno do juízo provável, característico da limitação da descoberta inevitável.

Por essa razão, apesar de a limitação da descoberta inevitável não constar expressamente da nova redação conferida ao CPP, parcela da doutrina defende que esta foi introduzida na ordem jurídica brasileira pelo § 2º do artigo 157, CPP.

Não se trata, porém, de entendimento pacífico. Pelo contrário, grandes nomes do direito processual penal sustentam que a aplicação da teoria da descoberta inevitável, tal como delineada, é incompatível com a Constituição Federal e, por conseguinte, atribuir a norma tal significação seria inconstitucional.

Antônio Magalhaes Gomes Filho faz a sua crítica ao dispositivo legal, *in verbis*:

na situação de *inevitable discovery*, são circunstâncias especiais do caso concreto (como no exemplo do encontro do cadáver) é 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 ilegais, **o que esvazia, por completo, o sentido da garantia**. Em resumo, como está redigido, o texto do art. 157 § 3º é inconstitucional.<sup>121</sup>

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho assevera:

<sup>119</sup> Nesse sentido: GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, p. 136; OLIVEIRA, p. 364; LIMA, p. 617; ROMANO NETO, p. 341.

<sup>120</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 24/04/2017.

<sup>121</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 18, nº 85, p. 393-410, jul.-ago. 2010, p. 406. (grifo nosso)

Não se salva de inconstitucionalidade nem o novo texto do art. 157, o qual aterra no âmbito infraconstitucional a regra do art. 5º, LVI, CR (...), tentando explicitar a proibição à prova ilícita, como se para ganhar vida a Constituição fosse preciso uma reforma no CPP, algo muito próprio de um Brasil Profundo em matéria de respeito e aplicação das leis.<sup>122</sup>

No tocante à exceção da mancha purgada adotada pela jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, há quem entenda minoritariamente que essa limitação pode ser extraída do § 1º, art. 157 por dispor que não é o caso de vedação de prova ilícita por derivação “quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras”.

O professor Andrey Borges de Mendonça<sup>123</sup>, membro do MPF, defende, a partir desse texto normativo, a adoção da teoria norte-americana, tendo em vista que o nexos causal é afastado nas hipóteses em que a mancha é purgada, sendo, portanto, admissível a prova. Frise-se, mais uma vez, que se trata de corrente minoritária na doutrina. Quanto ao posicionamento dos tribunais, não se tem notícia de julgados adotando essa limitação.

Enfim, quando a prova é reputada inadmissível, o correto é que ela não seja sequer juntada aos autos. No entanto, na hipótese de ter sido fisicamente juntada, a solução que a legislação traz é o desentranhamento desta em decorrência do direito de exclusão (§3º, art. 157, CPP).

Insta ainda fazer um breve comentário acerca do § 4º do art. 157, CPP, o qual fora objeto de veto da Presidência da República. Na redação aprovada pelo Congresso Nacional, assim constava: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão”.

O propósito da norma era impedir a contaminação psicológica do juiz que teve contato com a prova ilícita no julgamento do caso, tendo em mira que a garantia da motivação da sentença é, em verdade, imperfeita. A motivação, como aponta Luiz Flávio Gomes, divide-se em motivação-documento (aquilo que é documentado pelo juiz) e motivação-atividade (aquilo que efetivamente levou o juiz a concluir pela culpabilidade ou inocência do réu)<sup>124</sup>, assim sobre a decisão do juiz aponta que:

<sup>122</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo, **Boletim do IBCCRIM**, nº 369, ano 2008. apud RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 485.

<sup>123</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de processo penal: comentado artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008, p. 177. apud LIMA, op. cit. p. 620.

<sup>124</sup> GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 475.

[existe] um *contexto de descobrimento* e um contexto de justificação. No primeiro pode haver critérios ou momentos irracionais (o juiz pode sofrer influências de seus preconceitos, de suas crenças, de suas idiossincrasias etc.; emprega critérios lógicos, jurídicos, cognitivos, valorativos, mas também, às vezes, irracionais); já o segundo é o espaço em que não importa como se chegou à decisão, e sim como justifica-la ou como apresenta-la com ares de razoabilidade.

No entanto, vetou-se o dispositivo porque este poderia causar transtornos ao andamento célere do processo, ao obrigar que o juiz que acompanhou a instrução criminal seja, eventualmente, substituído por outro<sup>125</sup>.

Não obstante, registra-se a crítica ao veto, na medida em que desconsiderou a contaminação, consciente ou inconsciente, do julgador, adotando, portanto, uma visão positivista do direito, que crê na separação entre emoção e razão, em que os fatores psicológicos do juiz não teriam o condão de afetar o ato de julgar<sup>126</sup>.

#### **3.3.4. Princípio da proporcionalidade**

No Brasil, há quem defenda a aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento hermenêutico de flexibilização da proibição de provas ilícitas no processo.

Não é novidade que, por vezes, a proteção de um direito constitucionalmente assegurado colidirá com a proteção de outro de igual envergadura normativa. Em eventual colisão, a efetividade de um poderá implicar, necessariamente, a supressão momentânea do outro.

Diante disso, utiliza-se o princípio da proporcionalidade “como regra de ponderação para superação de eventuais colisões concretas entre interesses constitucionalmente previstos”<sup>127</sup>. O exemplo clássico em doutrina é o conflito, rotineiro, entre direito à intimidade,

---

<sup>125</sup> As razões do veto foram as seguintes: “O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada”. BRASIL. Mensagem nº 350, de 09 de Junho de 2008, Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm)>. Acesso em 24/04/2017.

<sup>126</sup> LOPES JR., op. cit., p. 414-415.

<sup>127</sup> MENDES; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 545.

vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X) com o direito à livre informação (art. 5º, IV e IX).

Nos interessa analisar se o princípio da proporcionalidade poderia ser utilizado para afastar a vedação da prova ilícita no processo, de modo a admiti-la contra os interesses do réu. Existe acirrada controvérsia na doutrina a esse respeito, como se passa a demonstrar.

A favor da possibilidade, posiciona-se Antônio Scarance Fernandes defendendo que a norma de vedação de prova obtida por meio ilícito “deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada”<sup>128</sup>.

Para o respeitado autor, não é o caso de se analisar a quem o princípio da proporcionalidade favorece – defesa ou acusação –, mas de se examinar no caso concreto se a restrição é impositiva, por meio dos critérios adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, isto é, se “é justificável em face do valor que se protege”<sup>129</sup>.

Os adeptos dessa corrente entendem que a prova ilícita deve ser admitida no processo se, diante de casos excepcionais e graves, ela for o único meio razoável para se resguardar outros valores fundamentais. Nessa perspectiva, compreender a proibição da norma constitucional como absoluta incorreria no perigo de permitir “resultados repugnantes e flagrantemente injustos”, o que não se poderia admitir, tendo em vista a necessidade de se proteger o interesse público<sup>130</sup>.

Na mesma linha que Antônio Scarance Fernandes, Eugênio Pacelli é contra a compreensão absoluta da vedação de provas ilícitas no processo, pois – argumenta – isso geraria “situações de inegável desproporção com a proteção conferida ao direito violado (na produção da prova) em detrimento da proteção do direito da vítima do delito”<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup> FERNANDES, op. cit., p. 85.

<sup>129</sup> Ibidem, p. 86.

<sup>130</sup> LOPES JR., p. 406.

<sup>131</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 376.

Enriquecendo o debate, traz um juízo crítico em cima do Recurso Extraordinário nº 251.445/GO<sup>132</sup> de relatoria do Min. Celso de Mello<sup>133</sup>. O mencionado caso versa sobre fotografias de conteúdo sexual envolvendo crianças e adolescentes, obtidas como prova mediante violação de domicílio do Réu por um particular.

O Recurso Extraordinário fora interposto pela acusação contra o acórdão absolutório. No entanto, a Suprema Corte manteve a absolvição do Réu, sob o fundamento de que a única prova contra o acusado fora obtida ilicitamente, sendo, pois, inadmissível no processo penal.

Partindo da doutrina e jurisprudência norte-americana construídas em torno da *exclusionary rules*, porém, seria perfeitamente possível concluir que o caso, se ocorrido nos EUA, teria solução outra.

O raciocínio é simples. Vimos que a finalidade primeira das *exclusionary rules* é coibir exageros da Polícia. Cumpre função verdadeiramente preventiva a medida em que apresenta aos jogadores as regras do jogo, que são: se direitos ou garantias individuais forem violados por policiais na obtenção da prova, esta não poderá ser utilizada contra a pessoa que teve seu direito violado e deverá ser excluída do processo<sup>134</sup>.

Nas lições de Eugênio Pacelli, é a função pedagógica da proibição da prova ilícita<sup>135</sup> ou, para Mário Antônio Conceição<sup>136</sup>, a função preventiva. A inutilização da prova ilicitamente obtida tem, portanto, um intuito claro de prevenção de abusos dos agentes do Estado na persecução penal<sup>137</sup>.

Corroborando essa afirmação, Renato Brasileiro esclarece que:

No sistema norte-americano, como visto acima, o propósito do princípio da exclusão é dissuadir, intimidar, prevenir – compelir ao respeito pelas garantias constitucionais da única maneira válida efetivamente – pela remoção do incentivo ao seu desrespeito. Logo, a prova somente deve ser reputada ilícita quando a ilegalidade tiver sido praticada diretamente pelo agente policial. Por conseguinte, não há falar em ilicitude se a legalidade tiver sido produzida por

---

<sup>132</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE nº 251.445/GO**, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 21/06/2000, DJ 03/08/2000.

<sup>133</sup> Ibidem, p. 378.

<sup>134</sup> CONCEIÇÃO, op. cit., p. 02.

<sup>135</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 344.

<sup>136</sup> CONCEIÇÃO, op. cit., loc. cit.

<sup>137</sup> A esse respeito, reportamos o leitor ao capítulo anterior: “As provas ilícitas no processo penal norte-americano”.

outros agentes dos organismos estatais ou ainda por particulares ou autoridades estrangeiras.<sup>138</sup>

No caso em tela, contudo, não houve qualquer conduta ilegal de um agente estatal, de modo que “a aplicação da norma da vedação das provas ilícitas *naquele caso* não cumpriu qualquer um de seus propósitos finalísticos”<sup>139</sup>.

Nessa linha de raciocínio, Eugênio Pacelli aponta a doutrina norte-americana como horizonte e demonstra inconformismo com a solução dada pela nossa Suprema Corte:

Ora, se a mais relevante função desempenhada pela garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, para além de sua dimensão ética, é servir como fator inibitório e intimidatório de práticas ilegais por parte dos órgãos responsáveis pela produção da prova, constata-se que, em nenhum momento, tal missão foi cumprida. Ou, mais ainda, que, em nenhum momento, colocou-se em risco o incremento das atividades policiais abusivas. E assim nos parece porque quem *produziu a prova* não foi o Estado, e, sim, um particular, que, à evidência, não se dedica a essa função (a de produtor de provas para o processo penal).<sup>140</sup>

A partir da assertiva de que o Estado não cometeu qualquer ilicitude contra o Réu, o que temos, em verdade, são indivíduos que tiveram garantias e direitos fundamentais violados por outros indivíduos.

A problemática constrói-se da seguinte maneira: houve a transgressão efetiva de dois direitos. É importante ressaltar que não estamos a considerar, neste momento, o direito de punir do Estado, como suposto ente superior. Antes do direito de punir, há o direito à intimidade e segurança das vítimas sexuais que foi transgredido, a cuja violação o ordenamento prevê uma punição. Da mesma maneira, há o direito à inviolabilidade de domicílio, a cuja transgressão, a Constituição e a lei preveem a inadmissibilidade da prova assim obtida no processo.

Para Eugênio Pacelli, à luz da doutrina norte-americana sobre a matéria:

a violação, covarde, de direitos fundamentais (à segurança, à proteção da incapacidade, à intimidade e outros tantos) de vários menores não mereceu a aplicação do princípio da proporcionalidade, preferindo-se manter a proteção do domicílio do acusado, já que, como se sabe, é essa (inviolabilidade de domicílio) uma garantia individual expressa (art. 5º, XI, CF).

Acreditamos que a Suprema Corte perdeu uma grande oportunidade de aplicação do critério da proporcionalidade, sobretudo porque se encontrava diante de uma situação em que as lesões, presentes e futuras, causadas pela

<sup>138</sup> LIMA, op. cit., p. 625.

<sup>139</sup> OLIVEIRA, op. cit. p. 378.

<sup>140</sup> Idem.

infração criminal eram (e são), a senso comum, imensamente maiores que aquela decorrente da violação de domicílio<sup>141</sup>.

Em sentido diverso, Renato Brasileiro posiciona-se a favor da decisão proferida pelo STF no Recurso Extraordinário nº 251.445/GO. Segundo este autor, o propósito da vedação das provas ilícitas no Brasil assume sentido mais amplo e protetivo do que a função *pedagógica* do sistema norte-americano.

Argumenta que, no ordenamento pátrio, a inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas “tem como objetivo *precípua* a tutela dos direitos e garantias fundamentais (...) pouco importa quem tenha sido o agente responsável pela produção da prova ilícita – autoridade policial ou particular”<sup>142</sup>.

Portanto, na linha de raciocínio do autor, a prova deverá ser considerada ilícita e, logo, inadmissível no processo penal se colhida com violação a direitos e garantias fundamentais, não havendo qualquer relevância em se discutir a qualidade do sujeito responsável pela ilicitude, se um particular ou um agente estatal<sup>143</sup>. Até porque, cumpre salientar, a Constituição Federal e a lei não fazem essa distinção.

Com efeito, a corroborar essa ideia, muito embora o Estado seja o principal destinatário da norma constitucional que limita a liberdade probatória à observância *fidel* da ordem jurídica, os direitos fundamentais possuem também eficácia horizontal, a exigir respeito também pelos demais indivíduos.

Vale ressaltar, ademais, que alguns doutrinadores renomados defendem, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, a utilização da prova ilícita em favor da sociedade, com fundamento no princípio da isonomia na persecução criminal. Seria o caso, por exemplo, da criminalidade organizada, quando esta se revelar superior aos órgãos estatais, como as Polícias e o Ministério Público.

---

<sup>141</sup> Ibidem, p. 378.

<sup>142</sup> LIMA, op. cit., p. 625-626. (grifo nosso)

<sup>143</sup> No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover preleciona que “a inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consiste na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros (...) é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou particular, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 151 *et seq* apud BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. HC 72.588/PB, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 12/06/1996, DJ 04/08/2000).

Há que se questionar, contudo, qual a segurança que temos ao conferir ao Estado o poder de afastar essa proteção com base em um critério de proporcionalidade. Aury Lopes Jr., com o olhar crítico que lhe é peculiar, atenta-se aos riscos da adoção do princípio da proporcionalidade *pro societate*:

É um imenso perigo (grave retrocesso) lançar mão desse tipo de conceito jurídico indeterminado e, portanto, manipulável, para impor restrição de direitos fundamentais. (...) aqueles que ainda situam a discussão no campo público *versus* privado, além de ignorarem a inaplicabilidade de tais categorias quando estamos diante de direitos fundamentais, possuem uma visão autoritária do direito e equivocada do que seja sociedade (e das respectivas categorias de *interesse público, coletivo* etc.).

Entendemos que a *sociedade* deve ser compreendida dentro da fenomenologia da coexistência, e não mais como um ente superior, de que dependem os homens que o integram. Inadmissível uma concepção antropomórfica, na qual a sociedade é concebida como um ente gigantesco, no qual os homens são meras células, que lhe devem cega obediência<sup>144</sup>.

Insta salientar, por fim, que, mesmo após a promulgação da Constituição Cidadã, não se pode dizer superada a nossa história de intolerância, autoritarismo e supressão de direitos. Assim, é fundamental atentar que, na prática forense, a flexibilização da garantia pode tender ao esvaziamento desta, transformando a exceção em regra.

Mostrando igual preocupação com a proteção do Estado Democrático de Direito, o Juiz de Direito Marcos Peixoto chega a afirmar em uma emblemática decisão que a principal função do Poder Judiciário hoje é evitar a inclinação perigosa que temos ao fascismo “defendendo intransigente, incisiva e corajosamente o Estado Democrático de Direito e as garantias fundamentais do cidadão inseridas no corpo de nossa tão jovem e maltratada Constituição”<sup>145</sup>.

Concordamos, portanto, nesse aspecto com o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci quando afirma que “não é momento para o sistema processual penal brasileiro imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade”<sup>146</sup>.

<sup>144</sup> LOPES JR., op. cit., p. 405-406.

<sup>145</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. 37ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. Decisão de rejeição de denúncia no **Inquérito Policial nº 0002438-06.2014.8.19.0001**. Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto. julgado em 01/07/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2014.001.000760-0&acessoIP=internet&tipoUsuario=>> Acesso em: 10/04/2017.

<sup>146</sup> NUCCI, op. cit., p. 357.

### 3.3.4. Prova ilícita pro reo

Como já dito, não concordamos com o uso do princípio da proporcionalidade para justificar o aproveitamento da prova ilícita em prol dos interesses da sociedade.

O art. 5º, LVI, CRFB elenca uma garantia constitucional de natureza *individual*, destinada, pois, a proteger o indivíduo de arbítrios estatais. É uma limitação ao direito de punir do Estado, devendo ser assim interpretada, ao invés de suprimida quando for “conveniente”.

Não obstante essa conclusão, podemos nos deparar com situações nas quais a vedação à prova ilicitamente obtida colide com algum outro direito ou interesse individual, tal como o direito à ampla defesa do Réu.

O ilustre Paulo Rangel, seguindo linha majoritária, sustenta que “a regra do inciso LVI do art. 5º da CRFB não é, assim, nem poderia ser, absoluta. Deve ser interpretada de forma coerente e razoável, mostrando proporção entre os bens jurídicos que a contrastem”<sup>147</sup>.

Nesse viés, a doutrina é quase unânime em afirmar que não se deve dar, à eventual infringência de direito material na obtenção da prova em favor do réu, o mesmo tratamento dispensado às provas ilícitas, consistente no desentranhamento e, conseqüente, não valoração da prova no ato de julgar.

Com efeito, o Estado é o principal destinatário da norma constitucional que limita a liberdade probatória à observância *fidelis* da ordem jurídica. Assim, o direito de defesa (art. 5º, LV) e o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII) devem prevalecer em eventual colisão com o direito de punir do Estado<sup>148</sup>.

No mesmo diapasão doutrinário, diz o mestre Antônio Magalhães Gomes Filho:

(...) no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência, parece claro que deva este último 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

---

<sup>147</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 486.

<sup>148</sup> LIMA, op. cit., p. 630.

culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é *superior*.<sup>149</sup>

Portanto, defende-se que o exercício da ampla defesa para assegurar a inocência do acusado deve preponderar no confronto com a norma constitucional de a vedação de provas ilícitas até porque não interessa ao Estado a punição de uma pessoa que se sabe ser inocente.

Além do mais, por vezes, a obtenção da prova da inocência caracterizará autêntica situação de excludente de ilicitude, na perspectiva positivada no Código Penal, em especial, de estado de necessidade.

Com efeito, o estado de necessidade justificante se vê presente na conduta de “quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”<sup>150</sup> (art. 24, Código Penal).

Não deixa de ser, em última análise, uma expressão da técnica de ponderação. Face a conflito entre interesses legítimos, o indivíduo está autorizado a agir, em verdadeiro exercício de autotutela, quando a salvaguarda de um interesse maior (a liberdade) impescindir do sacrifício de outro menor, diante de um perigo não provocado pelo titular do direito<sup>151</sup>.

É o sacrifício de um bem jurídico para garantir a proteção de outro bem de maior valor: o direito à liberdade.

Diante da excludente de ilicitude, é possível concluir que a infringência à norma legal configuraria, pois, uma ilicitude meramente aparente, uma vez que haveria o permissivo legal para agir de tal modo.

Nessa linha, Paulo Rangel preleciona:

(...) é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia

---

<sup>149</sup> GOMES, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 104-107 apud TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 179.

<sup>150</sup> BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 24/04/2017.

<sup>151</sup> RANGEL, op. cit., p. 487.

usá-las porque (aparentemente) colhidas ao arripio da lei. (...) Estará ele (réu) **agindo de acordo com o direito** e não de forma contrária.<sup>152</sup>

Segundo Pacelli:

quando a obtenção da prova é feita pelo próprio interessado (o acusado), ou mesmo por outra pessoa que tenha conhecimento da situação de necessidade, o caso será de exclusão da ilicitude, presente, pois, uma das causas de justificação: o estado de necessidade. Mas **mesmo** quando a prova for obtida por terceiros **sem o conhecimento da necessidade**, ou **mesmo sem a existência da necessidade** (porque ainda não iniciada a persecução penal, por exemplo), **ela poderá ser validamente aproveitada no processo, em favor do acusado, ainda que ilícita a sua obtenção**. E assim é porque o seu não-aproveitamento, fundado na ilicitude, ou seja, com a finalidade de proteção do direito, constituiria um insuperável paradoxo: a condenação de quem se sabe e se julga inocente, pela qualidade probatória da prova obtida ilicitamente, seria, sob quaisquer aspectos, uma violação abominável ao Direito, ainda que justificada pela finalidade originária de sua proteção.<sup>153</sup>

Portanto, permitir a valoração de prova ilícita em sede de juízo absolutório não fica adstrita ao reconhecimento da excludente da ilicitude no caso concreto, muito embora esta, como vimos, descaracterize a própria ilicitude da conduta.

A prova em favor do réu deverá ser apreciada pelo juiz, ainda que seja inequivocamente ilícita, sob pena de se configurar o “insuperável paradoxo” da condenação de um inocente com o propósito de proteger o Direito como norma.

### **3.5. Breves comentários à 7ª Medida contra a Corrupção (Projeto de Lei nº 4.850/2016).**

Está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.850/2016, de iniciativa popular, comumente conhecido como 10 Medidas contra a Corrupção. A proposta, em tese, é estabelecer medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público, bem como combater o enriquecimento ilícito de agentes públicos.

A medida nº 7 do Anteprojeto apresentado ao Poder Legislativo propunha a inserção de novos parágrafos no art. 157 do CPP para acrescentar hipóteses de admissibilidade da prova obtida por meio ilícito, com a importação de regras adotadas no direito norte-americano, no âmbito das exceções às *exclusionary rules*.

<sup>152</sup> Idem (grifo nosso).

<sup>153</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 291. apud LIMA, op. cit., p. 630. (grifo nosso)

No entanto, conforme ampla divulgação nos meios de comunicação, é notório que o projeto aprovado na Câmara dos Deputados e remetido para votação no Senado Federal sofreu profundas distorções, descaracterizando-o por completo, como assim declarou o Procurador da República Deltan Dallagnol<sup>154</sup>. Nesse ínterim, a reforma que se pretendia no tratamento das provas ilícitas fora inteiramente descartada na redação final aprovada pela Casa Legislativa.

Não obstante não estar mais em pauta a redefinição das regras pertinentes à ilicitude das provas, trata-se de tema ainda em discussão nos meios jurídicos, e nada obsta que volte a ser discutido em breve no Congresso Nacional, inclusive no bojo da reforma do Código de Processo Penal, que tramita hoje na Câmara dos Deputados. Por tal razão, nos interessa fazer breves comentários acerca da proposta originária.

### ***3.5.1. A “importação” disfuncional do sistema norte-americano: a que fim se presta a cláusula de vedação de provas ilícitas na CRFB/1988?***

O promotor de justiça Hélio Telho Corrêa Filho, em defesa da reforma legislativa, sustenta que “importamos” o sistema norte-americano das regras de exclusão da prova ilícita, contudo, por consequência de um inexplicável divórcio da origem e dos objetivos que levaram à criação das “*exclusionary rules*” nos EUA, criamos um sistema disfuncional e subjetivo<sup>155</sup>. Como “origem” e “objetivos” da exclusão das provas, o autor se refere à função dissuasiva da inadmissibilidade da prova, tão exaltada por Eugênio Pacelli<sup>156</sup>.

A amplitude da norma constitucional brasileira, contudo, é mais larga do que a doutrina construída no direito norte-americano. O art. 5º, LVI, CRFB/1988 consagra uma norma de proteção do indivíduo e não meramente uma regra pragmática de desestímulo de condutas ilícitas dos agentes policiais.

Conforme precisamente salientam Renata Tavares da Costa e Denis Andrade Sampaio Junior, na cartilha, elaborada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, intitulada “dez medidas em xeque”:

---

<sup>154</sup> BRANDT, Ricardo Brandt. ‘Congresso destruiu’ as 10 Medidas contra Corrupção, diz procurador da Lava Jato. Estadão, Panamá, 03 dez. 2016. Acesso em 05/06/2017. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/congresso-destruiu-as-10-medidas-contracorrupcao-diz-procurador-da-lava-jato/>>

<sup>155</sup> CORRÊA FILHO, Helio Telho. **Dez medidas: excludentes de ilicitude da prova**. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos>>. Acesso em 20/10/2016.

<sup>156</sup> Cf. OLIVEIRA, Pacelli, op. cit., p. 375 *et seq.*

(...) ao contrário do direito estadunidense, há norma constitucional concretizada quanto à inadmissibilidade da prova ilícita (art. 5º, LVI, CRFB), não havendo apenas uma interpretação reflexa ao devido processo legal. Trata-se de uma garantia fundamental não podendo ser relativizada por regras pragmáticas de dissuasão de atividades dos agentes de segurança. Pelo contrário, **nossa Constituição indica como uma norma de proteção ao indivíduo diante de intervenções estatais ilegais e não uma regra de tentativa de pretensão dissuasória como indicam os precedentes da Suprema Corte dos EUA.**<sup>157</sup> (grifo nosso)

Portanto, não é aceitável perder de mira que, no Brasil, a finalidade precípua da vedação às provas ilícitas é a tutela dos direitos e garantias fundamentais. Não nos enganemos a esse respeito: embora se reconheça a relevância do efeito preventivo de condutas ilegais contrárias aos direitos individuais, não é ele próprio a razão fundante da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente no nosso ordenamento jurídico.

Essa distinção entre o sistema jurídico brasileiro e o norte-americano é, inclusive, apontada pelo Promotor da Justiça Militar da União em São Paulo, o professor Renato Brasileiro<sup>158</sup>, ao justificar o porquê de a colheita ilícita de provas quando realizada por um particular ser admissível no processo penal nos EUA e não o ser no Brasil (vide RE nº 251.445/GO, abordado no capítulo anterior).

Ademais, observa-se a insistência em afirmar que “importamos” o sistema jurídico norte-americano em torno da exclusão de provas ilícitas e que, porém, o fizemos de maneira acrítica, levando a um sistema disfuncional. Como se tivéssemos algo quebrado, cujo conserto dependesse justamente de maior alinhamento com o direito exterior.

No entanto, *data venia*, acreditamos haver um grave equívoco nessa compreensão. O direito de não ser condenado com base em prova ilícita não é uma mercadoria cuja patente se registrou nos Estados Unidos a ser importada para os demais países, incluindo o nosso. Direitos não são importados de uma região para outra, são reconhecidos<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> COSTA, Renata Tavares da.; SAMPAIO JR., Denis Andrade. Medida 7 – ajustes nas nulidades penais. In: DEFENSORIA PÚBLICA do Estado do Rio de Janeiro. **10 Medidas em xeque: uma análise crítica das propostas de combate à corrupção.** p. 31-36. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d8a82703a08b4a4096424c576bdf239.pdf>> Acesso em 20/10/2016. p. 32.

<sup>158</sup> LIMA, op. cit., p. 626.

<sup>159</sup> COSTA; SAMPAIO JR., op. cit., p. 35.

Nesse sentido, a vedação das provas ilícitas é reconhecida pelos sistemas internacionais de direitos humanos, em tratados, como a Convenção Internacional<sup>160</sup> e Interamericana<sup>161</sup> contra a Tortura e, também, por decisões dos órgãos de fiscalização do cumprimento dos tratados pelos Estados signatários, como o Comitê Contra a Tortura ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>162</sup>.

Conforme já salientado, a inadmissibilidade de provas colhidas por meios ilícitos – por vezes, criminosos – é cláusula pétrea, cuja finalidade precípua é a tutela de direitos e garantias fundamentais, tanto no processo civil quanto penal. Trata-se de garantia inerente ao devido processo legal e a um Estado Democrático de Direito que, como tal, é regido pelo postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/1988) e que deve aos seus cidadãos que ele próprio – o Estado – respeite e faça respeitar suas próprias leis.

Assim, embora seja verdade que, diante de um vácuo legislativo de 20 anos, o aprimoramento interno da cláusula constitucional inscrita no art. 5º, LVI, encontrou *inspiração* no direito norte-americano, isso ocorreu de modo a ampliar a garantia dos indivíduos e não o reverso! A teoria dos frutos da árvore envenenada representa bem isso quando evidencia a ineficácia de banir as provas colhidas com violação de direitos sem alcançar as que delas derivem. As limitações à ilicitude por derivação giram em torno tão somente do próprio conceito de derivação, a fim de analisar quando há um nexo de causalidade ou não.

A contribuição da doutrina das *exclusionary rules* no direito interno, assim, não pode significar uma adesão permanente e acrítica às exceções lá construídas, sem uma análise consistente de sua constitucionalidade e adequação à nossa realidade, como parece tentar nos convencer a justificativa dada para a elaboração do Anteprojeto.

---

<sup>160</sup> “Artigo 15. Cada Estado Parte assegurará que nenhuma declaração que se demonstre ter sido prestada como resultado de tortura possa ser invocada como prova em qualquer processo, salvo contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi prestada” (BRASIL. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm)>. Acesso em 05/06/2017).

<sup>161</sup> “Artigo 10. Nenhuma declaração que se comprove haver sido obtida mediante tortura poderá se admitida como prova num processo, salvo em processo instaurado contra a pessoa ou pessoas acusadas de havê-la obtido mediante atos de tortura unicamente como prova de que, por esse meio, o acusado obteve tal declaração” (BRASIL. Decreto nº 98.386, de 09 de dezembro de 1989. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/D98386.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98386.htm)>. Acesso em 05/06/2017).

<sup>162</sup> COSTA; SAMPAIO JR, op. cit., p. 35.

### 3.5.2. A inaplicabilidade da exceção da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro

Consoante já trabalhado no capítulo anterior, a Suprema Corte norte-americana, por maioria, reconheceu a boa-fé do agente policial que comete uma ilegalidade, acreditando estar agindo conforme o direito, como uma exceção à regra de exclusão da prova obtida por meios ilícitos, no caso *U.S. v. Leon* (1984).

A aplicação da teoria da boa-fé revelou-se ser de natureza rigorosamente pragmática, tendo em vista que a Corte admitiu a ocorrência da violação de uma garantia constitucional sem reconhecer, contudo, a incidência da regra de exclusão da prova. A motivação era que, inexistindo o ânimo do policial em violar direitos consagrados na Constituição, a finalidade das *exclusionary rules* – que é a prevenção de condutas deliberadamente ilícitas na colheita de provas – não seria alcançada.

Contudo, na Constituição Federal do Brasil existe vedação constitucional explícita acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas, representando uma verdadeira tutela de proteção de direitos e garantias fundamentais.

Portanto, no direito pátrio, não há que se analisar a consciência da ilicitude no meio de obtenção da prova do agente. Ao revés, a averiguação da admissibilidade da prova deve se ater estritamente a natureza do meio pelo qual ela foi colhida, que, se ilícita, é vedada a utilização no processo.

Nesse sentido, Gustavo Badaró leciona:

A Constituição não assegura: “são inadmissíveis, no processo, as prova ilícitas obtidas de má-fé”. O que determina a natureza lícita ou ilícita da prova não é a intenção de quem a obtém. Isso poderá servir para isentar o agente público ou o particular do cometimento de algum crime, por ocasião da obtenção de tal elemento. Mas não pode servir para afastar a violação da garantia constitucional na obtenção da prova e, conseqüentemente, sua inadmissibilidade no processo.<sup>163</sup>

Renata Tavares da Costa e Denis Andrade Sampaio Junior corroboram:

o dispositivo constitucional caracteriza-se por força programática de proteção, não havendo como perquirir subjetivamente, se o agente que obteve a prova agia de boa-fé ou por erro escusável. Deve ser observado que a proteção diz respeito a todos os atos de obtenção de provas, seja quanto ao aspecto

---

<sup>163</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal, Boletim do IBCCRIM, ano 23, nº 277, p. 17-19, dez.2015. Disponível em: <<http://goo.gl/MRYKPx>>. Acesso em 05/06/2017. p. 19

decisório, seja na atuação do agente público que dispõe do instrumento necessário a esta obtenção. Ou seja, a conotação específica sobre a regra Constitucional, em momento algum, dispõe sobre o efeito dissuasório dos agentes de segurança. Não se quer valer de um critério de prevenção de atividades abusivas, mas sim de proteção ao indivíduo por atividades abusivas, independentemente, da intenção do agente.<sup>164</sup>

---

<sup>164</sup>

COSTA; SAMPAIO JR., op. cit., p. 36.

#### 4. CONCLUSÃO

O presente trabalho chega ao fim com a convicção de que o processo penal não pode buscar a condenação a qualquer custo. No modelo acusatório de processo penal, forma é garantia. Não se trata de formalismo inútil, é que, na verdade, o conteúdo ético do processo somente fica resguardado quando se observa rigorosamente as regras do jogo.

Nas palavras de Pimenta Bueno:

Quem não conhece bem o processo criminal, e portanto o valor das formas, estranha que se anule um processo só por omissão delas; mas quem reconhece que sem a sua fiel observância o processo pode tornar-se um caos ou objeto de capricho e arbitrariedade dos juízes, não pode pensar assim.<sup>165</sup>

Tendo em vista vivermos em um Estado Democrático de Direito, a lei processual tem o dever de proteger aqueles que são acusados de prática de infrações penais, impedindo que sobre eles recaiam arbítrios estatais<sup>166</sup>. Por isso mesmo, como bem trabalha Aury Lopes Jr. condenação ou absolvição devem ser compreendidos como equivalentes axiológicos para o resultado do processo, abandona-se o ranço inquisitório de alcançar uma condenação<sup>167</sup>. Somente assim estará verdadeiramente legitimado o exercício do poder punitivo

Nesse cenário, a vedação de provas ilícitas tem especial importância, principalmente, porque consiste na regra pré-estabelecida de que violações a direitos e garantias constitucionais não serão permitidas afim de satisfazer o *ius puniendi*. Trata-se de princípio inerente ao devido processo legal, mas, ainda assim, o constituinte originário optou – e fez bem – por consagrá-lo com uma cláusula expressa de inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CRFB/1988).

Conforme abordado, no processo de redemocratização do país, emergiu o valor dominante de que a Constituição contivesse normas de cunho garantista para assegurar os direitos fundamentais da pessoa contra o poder estatal intervencionista, no relacionamento indivíduo-Estado<sup>168</sup>, em função de um passado de diversas rupturas democráticas.

<sup>165</sup> BUENO, José Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. 5 ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922. n. 107, p. 82 apud BADARÓ, Gustavo. op. cit., p. 17.

<sup>166</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 37.

<sup>167</sup> LOPES JR., op. cit., p. 361.

<sup>168</sup> FERNANDES, op. cit., p. 19.

Apesar de a garantia ter natureza de cláusula pétrea, o Ministério Público Federal, aproveitando-se da popularidade decorrente da chamada operação lava-jato, mobilizou boa parte da opinião pública para defender a reforma do tratamento jurídico dado às provas colhidas com violações a direitos e garantias individuais. As mudanças sugeridas no âmbito infraconstitucional, na prática, restringem a incidência da vedação constitucional.

O debate revela-se ainda deveras acalorado na sociedade. Isso se explica em razão dos movimentos pendulares que marcam a história do processo penal, ora predominando valores de segurança social e eficiência repressiva, ora prevalecendo ideias de afirmação e conservação das garantias do acusado, como aponta Antonio Scarance Fernandes<sup>169</sup>.

No entanto, repita-se, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é cláusula pétrea. Tal característica já visa blindá-la exatamente dos efeitos nocivos que o movimento do pêndulo pode ocasionar.

Infere-se, portanto, que, no cenário pós promulgação da Constituição cidadã, não se admite o estreitamento do direito e garantia fundamental de não ser condenado, nem mesmo processado, com base em prova ilícita.

O esforço argumentativo em se afirmar que o art. 5º, LVI da CRFB/1988 deve ser lido como “norte pragmático pelo efeito dissuasório do agente interventor”<sup>170</sup>, desenvolvido na jurisprudência norte-americana, é uma manobra inaceitável com vistas a “minimizar o espectro constitucional da vedação de provas ilícitas, tornando o Projeto de Lei, desde o seu nascedouro, inconstitucional”<sup>171</sup>.

Não obstante o estudo da doutrina norte-americana sobre a matéria ter nos servido perfeitamente em um momento inicial de lacuna legislativa, é inadmissível se pensar, no direito pátrio, a construção de uma legislação processual à luz do direito alienígena e às cegas da nossa própria Constituição. Portanto, por se prender a essa premissa equivocadíssima de importação de direito e faltar-lhe a compreensão do alcance da norma constitucional, nos parece que eventual reforma aprovada, nestes termos, está fadada à inconstitucionalidade.

---

<sup>169</sup> Idem.

<sup>170</sup> COSTA; SAMPAIO JR., op. cit., p. 36.

<sup>171</sup> Idem.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal, **Boletim do IBCCRIM**, ano 23, nº 277, p. 17-19, dez.2015. Disponível em: <<http://goo.gl/MRYKPx>>. Acesso em 05/06/2017.

*BILL OF RIGHTS INSTITUTE. Mapp v. Ohio (1961).* Disponível em: <<https://billofrightsinstitute.org/educate/educator-resources/lessons-plans/landmark-supreme-court-cases-elessons/mapp-v-ohio-1961/>>. Acesso em: 26/04/2017.

BRANDT, Ricardo Brandt. ‘Congresso destruiu’ as 10 Medidas contra Corrupção, diz procurador da Lava Jato. **Estadão**, Panamá, 03 dez. 2016. Acesso em 05/06/2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/congresso-destruiu-as-10-medidas-contracorruptao-diz-procurador-da-lava-jato/>>.

BRASIL. **Código Brasileiro de Telecomunicações**. Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4117.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm)>. Acesso em: 20/04/2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 24/04/2017.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 24/04/2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24/04/2017.

BRASIL. **Decreto nº 98.386, de 09 de dezembro de 1989**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/D98386.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98386.htm)>. Acesso em 05/06/2017.

BRASIL. **Decreto n° 40, de 15 de fevereiro de 1991**. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm)>. Acesso em 05/06/2017.

BRASIL. **Mensagem n° 350, de 09 de Junho de 2008**, Presidência da República. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm)>. Acesso em: 24/04/2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **HC 69.912/RS** segundo, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 16/12/1993, DJ 25/03/1994.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **HC 72.588/PB**, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 12/06/1996, DJ 04/08/2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **HC 73.351**, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 09/05/1996, DJ 19/03/1999.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE n° 251.445/GO**, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 21/06/2000, DJ 03/08/2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

*CASE BRIEFS. United States v. Leon.* Disponível em: <<http://www.casebriefs.com/blog/law/criminal-procedure/criminal-procedure-keyed-to-weinreb/the-fourth-amendment-arrest-and-search-and-seizure/united-states-v-leon-4/2/>>. Acesso em 15/05/2017.

CARVALHO, Ricardo Cintra Torres. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal - um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. **Revista Brasileira de**

**Ciências Criminais.** São Paulo: RT, vol. 12, out-dez. 1995. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em 26/10/2017.

CONCEIÇÃO, Mário Antônio. A regra da exclusão de prova ilícita: Um novo paradigma instituído pela Lei nº 11.690/2008. **Revista JUS**, Belo Horizonte, ano 44, n. 28, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97728>>. Acesso em: 26/10/2016.

CORRÊA FILHO, Helio Telho. **Dez medidas: excludentes de ilicitude da prova.** Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos>>. Acesso em 20/10/2016.

COSTA, Renata Tavares da.; SAMPAIO JR., Denis Andrade. Medida 7 – ajustes nas nulidades penais. In: DEFENSORIA PÚBLICA do Estado do Rio de Janeiro. **10 Medidas em xeque: uma análise crítica das propostas de combate à corrupção.** p. 31-36. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d8a82703a08b4a4096424c576bdff239.pdf>>. Acesso em 20/10/2016.

**DICIONÁRIO da Língua Portuguesa.** Edição de Elena Lovisolo. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1992.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. 37ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. Decisão de rejeição de denúncia no **Inquérito Policial nº 0002438-06.2014.8.19.0001.** Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto, julgado em 01/07/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2014.001.000760-0&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>> Acesso em: 10/04/2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, **Mapp v. Ohio**, 367 U.S. 643, 81 S. Ct. 1684, 6 L. Ed. 2d. 1081 (1961).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, **Murray v. United States**, 487 U.S. 533, 108 S.Ct. 2529, 101 L.Ed.2d 472 (1988).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, *Nix v. Williams (Williams II)*, 467 U.S. 431, 104 S.Ct. 2501, 81, L.Ed.2d. 377 (1984).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, 40 S.Ct., 182 64 L.Ed. 319 (1920).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 96 S.Ct. 3037, 49 L.Ed. 2d. 1067 (1976).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, *United States v. Leon*, 468 U.S. 897, 104, S.Ct. 3405, 82 L.Ed. 2d 677 (1984).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 34 S.Ct. 341, 58 L.Ed. 652 (1914).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 83 S.Ct. 407, 9 L.Ed. 2d 441 (1963).

FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal: Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: uma abordagem sistemática**. Niterói: Impetus, 2008.

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

FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. *A prova ilícita por derivação e suas exceções*. II Jornada de direito processual penal – Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola da Magistratura Federal da 1ª Região, **ESMAF**. Brasília: Escola de Magistratura Federal da 1ª Região, 2010. p. 200-208. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2010;000915785>>II Jornada de direito processual penal</a>. Acesso em 20/04/2017.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 18, nº 85, p. 393-410, jul.-ago. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (*exclusionary rule*). **Revista dos Tribunais**: RT, São Paulo, v. 92, n. 809, p. 471-484, mar. 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarence. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. Salvador: Ed. Juspodvim, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MATTOS, Luiz Norton Baptista de. Breves noções sobre as provas ilícitas. **Revista da EMARF**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 50-81, ago.2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 354.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PAULA, Leonardo Costa de. Auto-incriminação e ilicitude na obtenção da prova – a limitação do poder. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. v. IV, p. 307-326., jul/dez, 2009. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21620>>. Acesso em 26/10/2016.

QUINTANA, Fernando. *Arendt – A revolução na modernidade*. **Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região**. Rio de Janeiro, v. 18, p. 135-148, julho/2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROMANO NETO, Odilon. Influência Americana na Reforma do Código de Processo Penal. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. v. IV. Jul/Dez, 2009. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21621>>. Acesso em 26/10/2016.

TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. Colhendo frutos da árvore venenosa: formação e uso dos precedentes no Brasil e nos EUA. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO**. Belo Horizonte. ano 18. n. 72. p. 189-213. Out/Dez, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

UNIÃO FEDERAL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4850/2016**. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7AE2F8FFC39EE88AB8C1A56C91B1B1BE.proposicoesWebExterno1?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7AE2F8FFC39EE88AB8C1A56C91B1B1BE.proposicoesWebExterno1?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016)>. Acesso em 20/10/2016.

*UNITED STATES OF AMERICA. Amendment of the Constitution of the United States (1787)*. Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#amdt\\_4\\_1791](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_4_1791)>. Acesso em 20/04/2017.

*US COURT (Produtor). Mapp v. Ohio (Audio podcast). Supreme Court Landmarks*. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/supreme-court-landmarks/mapp-v-ohio-podcast>>. Acesso em 20/04/2017.