



UniCEUB – Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Rafaella Silveira de Brito

**CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF E A JUSTIFICATIVA
LEGISLATIVA DA TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE COMO
LIMITE ÀS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO**

Brasília,
2015

Rafaella Silveira de Brito

**CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF E A JUSTIFICATIVA
LEGISLATIVA DA TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE COMO
LIMITE ÀS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCeub.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos.

Brasília,

2015

Rafaella Silveira de Brito

**CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF E A JUSTIFICATIVA
LEGISLATIVA DA TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE COMO
LIMITE ÀS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCeub.

Orientador: Marcus Vinícius Reis Bastos.

Brasília, _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Professor Marcus Vinícius Reis Bastos - Orientador

Examinador (a)

Examinador (a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, o centro e fundamento de tudo em minha vida, por ter me iluminado em todos os momentos.

Ao meu orientador Marcus Vinícius que me acompanhou, ao longo deste trabalho, com muita dedicação e paciência.

Aos meus pais Roberto e Leila que me incentivaram em todas as etapas da minha vida com muito amor e carinho.

Ao meu querido irmão Miguel, por ser a minha companhia preferida e por alegrar os meus dias.

Ao meu grande amor Alexandre, pelo apoio e compreensão.

RESUMO

As provas possibilitam a reconstrução histórica dos fatos e possuem o principal objetivo de convencer o magistrado acerca da verdade desses fatos. Assim, as provas são os meios necessários à reconstrução de fato passado definido como crime. Contudo, a produção de provas não pode ser arbitrária, deve haver um respeito ao ordenamento jurídico. O principal parâmetro para a produção de provas é a Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso LVI, que dispõe: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, bem como o Código de Processo Penal, no seu art. 157, que disciplina o tema das provas ilícitas no plano infraconstitucional. Logo, as provas somente serão admitidas se respeitarem as normas constitucionais e processuais referentes à produção probatória. De acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada norte-americana, todas as provas que derivem de uma árvore envenenada também se contaminam e, por isso, a prova originariamente viciada e todas as que dela derivem devem ser desentranhadas do processo. No entanto, quando existirem outras provas no processo, independentes da prova ilícita produzida, não ocorrerá a contaminação, nem a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, porque não existindo relação de causalidade, a prova ilícita não poderá contaminar as demais. Portanto, na hipótese de comprovação da fonte independente, a prova não ficará contaminada e poderá ser admitida e valorada no processo. Dessa forma, é necessário buscar, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, parâmetros para a demonstração e aplicação da teoria da fonte independente.

Palavras-chave: Processo penal. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Provas ilícitas por derivação. Fonte independente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 AS PROVAS NO PROCESSO PENAL	9
1.1 Conceito e função da prova	9
1.2 Ônus da prova.....	10
1.3 Iniciativa probatória do juiz.....	12
1.4 Meios de prova	15
1.5 Métodos de valoração das provas.....	16
1.5.1 Prova legal/tarifada	16
1.5.2 Íntima convicção.....	17
1.5.3 Livre convencimento motivado/persuasão racional.....	17
1.6 Garantias constitucionais acerca do direito à prova	18
1.6.1 Princípio do contraditório	19
1.6.2 Presunção de não culpabilidade	21
1.6.3 Garantia contra a autoincriminação	22
2 AS PROVAS ILÍCITAS.....	24
2.1 Garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas	24
2.2 Conceito de prova ilícita - Prova ilícita X Prova ilegítima	25
2.3 Correntes doutrinárias acerca da produção das provas ilícitas.....	26
2.3.1 Admissibilidade das provas ilícitas e a punição do infrator.....	27
2.3.2 Inadmissibilidade das provas ilícitas e ilegítimas.....	27
2.3.3 Ilicitude material da obtenção da prova e a sua inadmissibilidade processual	28
2.3.4 Admissibilidade das provas ilícitas com base no princípio da proporcionalidade	29
2.4 Princípio da Proporcionalidade	29
2.4.1 Provas ilícitas pro reo	30

2.4.2 Provas ilícitas pro societate	33
2.5 A teoria dos frutos da árvore envenenada no Direito Norte-americano	37
2.6 As provas ilícitas por derivação no Código de Processo Penal – críticas à atual redação do art. 157 do CPP introduzida pela lei 11.690/2008	39
3 A ESCUSA DA FONTE INDEPENDENTE	43
3.1 Origem e conceito	43
3.2 Disciplina legal - Código de Processo Penal	46
3.3 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal anterior ao advento da Lei 11.690/2008	48
3.3.1 RHC 74807/MT (julgado em 22/04/1997)	48
3.3.2 HC 75497/SP (julgado em 14/10/1997)	49
3.3.3 HC 84679/MS (julgado em 09/11/2004)	50
3.3.4 RHC 85286/SP (julgado em 29/11/2005).....	51
3.3.5 HC 93050/RJ (julgado em 10/06/2008)	51
3.4 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posterior à Lei 11.690/2008.....	53
3.4.1 HC 101584/SP (julgado em 05/04/2011)	53
3.4.2 HC 107948 AgR/MG (julgado em 17/04/2012)	54
3.4.3.RHC 117964/RJ (julgado em 10/09/2013).....	54
3.4.4. RHC 121093/ES (julgado em 20/05/2014)	55
3.4.5 HC 116931/RJ (julgado em 03/03/2015)	55
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

Ao longo deste trabalho, serão abordados diversos aspectos referentes às provas no processo penal, especialmente sobre a questão das provas ilícitas, que servirão de base para a investigação e estudo da teoria da fonte independente.

O legislador, ao pretender internalizar no ordenamento jurídico brasileiro o tema das provas ilícitas por derivação, teve dificuldade de regulamentação legal geral. Por meio da Lei 11.690/2008, que disciplinou as provas ilícitas por derivação no plano infraconstitucional e deu nova redação ao art. 157 do Código de Processo Penal, o legislador pretendeu definir o conceito da denominada fonte independente, uma exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada, criada pela jurisprudência norte-americana.

No entanto, o conceito normativo de fonte independente criado pelo legislador provocou inúmeras críticas por parte da doutrina, uma vez que tal conceito é aberto, genérico e abstrato. Essa dificuldade de regulamentação se deve ao fato desse tema possuir um “caráter casuístico e resistente a um tratamento abstrato totalmente vinculante.”¹

O caráter dinâmico dos direitos fundamentais, “cujo conteúdo é mutável como o de todo organismo vivo, recomenda que se abra um espaço de discricionariedade à atuação judicial, para que se realize no caso concreto a ponderação dos bens constitucionais afetados.”²

Assim, considerando o caráter casuístico e concreto do tema, foi difícil ao legislador regulamentar essa matéria de forma geral e abstrata, o que gerou disposições legais vagas, genéricas e imprecisas. Logo, é necessário buscar, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, parâmetros para interpretar a teoria da fonte independente prevista no art. 157 do Código de Processo Penal, com o advento da Lei 11.690/2008.

O capítulo 1 deste presente trabalho abordará a teoria geral das provas no processo penal, com a elucidação do conceito, função, repartição do ônus, meios e valoração das provas e garantias constitucionais a respeito do direito à prova.

No capítulo 2, será discutido o tema das provas ilícitas, sobre a garantia constitucional referente ao tema, conceito de prova ilícita, correntes doutrinárias, princípio da proporcionalidade. Também será estudada a teoria dos frutos da árvore envenenada norte-americana, bem como a teoria da ilicitude por derivação brasileira.

¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 274.

²Ibidem, p. 274.

Ao final deste presente trabalho, no capítulo 3, será realizado um estudo aprofundado sobre a escusa da fonte independente, por meio da análise de casos concretos, com o objetivo de elucidar tal escusa proposta pelo legislador brasileiro.

1 AS PROVAS NO PROCESSO PENAL

O processo penal é um instrumento de reconstrução aproximativa de certo fato passado e possui a finalidade de formar o conhecimento do julgador por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios necessários à reconstrução do fato pretérito definido como crime.³

1.1 Conceito e função da prova

O termo prova se origina do latim *probatio*, que significa experimentação, exame, verificação, reconhecimento, confirmação, ensaio, argumento. Deste termo deriva o verbo *probare*, com o sentido de experimentar, examinar, verificar, reconhecer, confirmar.⁴

De acordo com Gomes Filho, existem três sentidos para o conceito de prova:

“Na terminologia processual, o termo prova é empregado com variadas significações: indica, de forma mais ampla, o conjunto de atividades realizadas pelo juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão; também pode aludir aos instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidas no processo (meios de prova); e, ainda, dá o nome ao resultado dessas atividades.”⁵

Após compreender as várias acepções do termo prova, deve-se destacar que a prova em sentido amplo é todo elemento de informação levado ao conhecimento do juiz, dentro do processo, com o objetivo de convencê-lo a respeito da verdade de um fato.

Eugênio Pacelli define o principal objetivo da prova: “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”.⁶

Segundo Camargo Aranha, a prova é “o conjunto de meios idôneos visando a afirmação da existência positiva ou negativa de um fato, destinado a fornecer ao juiz o

³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 549.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 335.

⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1997. p. 41.

⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878 todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 327.

conhecimento da verdade, a fim de gerar sua convicção quanto à existência ou inexistência dos fatos deduzidos em juízo.”⁷

Mirabete explica o significado do termo “provar”:

“Provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.”⁸

Portanto, as provas possibilitam a reconstrução histórica dos fatos e possuem o principal objetivo de convencer o magistrado acerca da verdade desses fatos.⁹

1.2 Ônus da prova

A palavra ônus possui origem latina (*onus*) e significa carga, fardo, peso, imposição. Então, o ônus da prova (*onus probandi*) representa a necessidade das partes de produzir provas para verem a sua pretensão satisfeita em juízo.¹⁰

Segundo Camargo Aranha, *onus probandi* “é o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos, conforme for a distribuição de tal imposição.”¹¹ Nucci entende que “trata-se do interesse que a parte que alega o fato possui de produzir prova ao juiz, visando fazê-lo crer na sua argumentação.”¹² Porém, a prova não é uma obrigação e sim um ônus processual, conforme demonstra Aranha:

“O ônus oferece uma alternatividade ao dispor do titular que poderá atendê-lo ou não e na última hipótese sofrerá o prejuízo decorrente de sua inação ou negação, enquanto a obrigação é um mandamento legal pelo qual o obrigado não pode escolher entre cumpri-lo ou não”.¹³

Badaró acrescenta que “o inadimplemento de uma obrigação ou de um dever gera uma situação de ilicitude e traz como consequência a possibilidade de uma sanção. Já o descumprimento de um ônus, configura um ato lícito e não é sancionado.”¹⁴

⁷ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5.

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2008. p. 249.

⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 551.

¹⁰ ARANHA, op. cit., p. 7.

¹¹ Ibidem, p. 8.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 340.

¹³ ARANHA, op. cit., p. 8.

¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 177.

Assim, quando a parte descumpre a obrigação, sofrerá a penalidade correspondente. Já o titular do ônus que não o atende, não sofrerá penalidade alguma, somente “deixará de lucrar o que obteria se tivesse praticado.”¹⁵

Além disso, a diferença está no titular do interesse em relação a quem ocorrerá o prejuízo. Caso o interesse seja alheio, haverá uma obrigação. Porém, se o interesse for próprio, ocorrerá o ônus.¹⁶ Logo, o cumprimento do ônus interessa à própria parte onerada. Já na obrigação, o seu cumprimento interessa à outra parte, titular do direito subjetivo correspondente.¹⁷ Portanto, o ônus processual é uma atividade da parte em proveito próprio, jamais uma obrigação.

O Código de Processo Penal, no *caput* do artigo 156, 1ª parte, dispõe: “A prova das alegações incumbirá a quem fizer.”¹⁸ Assim, “alegado um fato, ambas as partes têm interesse sobre o mesmo fato, mas em direções opostas: o autor tem interesse em provar sua existência, enquanto o réu deseja provar sua inexistência.”¹⁹

Ao acusador caberá o ônus de provar os fatos constitutivos. Segundo Aranha, “ao órgão acusador cabe provar a existência de um fato previsto em lei como ilícito penal e o seu realizador, isto é, demonstrar a existência concreta do tipo e de sua realização pelo acusado.”²⁰

Badaró afirma que “caberia ao Ministério Público ou ao querelante provar os fatos constitutivos do *ius puniendi* que, no caso, seriam: a conduta típica, incluindo os elementos subjetivos do tipo penal, bem como a autoria.”²¹

De acordo com Pacelli, “cabe à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à materialidade do fato e de sua autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade.”²²

Ao acusado caberá o ônus de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos. Os fatos impeditivos são “todas as circunstâncias que impedem decorra de um fato o efeito

¹⁵ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 8.

¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 178.

¹⁷ *Ibidem*, p. 177.

¹⁸ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25/05/2015.

¹⁹ BADARÓ, op. cit., p. 257.

²⁰ ARANHA, op. cit., p. 11.

²¹ BADARÓ, op. cit., p. 259.

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878 todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 336.

que lhe é normal”²³, como por exemplo, as excludentes de ilicitude e de culpabilidade, que são capazes de impedir a eficácia do direito de punir do Estado. Já os fatos modificativos, que também devem ser provados pelo acusado, são, por exemplo, a comutação de pena ou a remissão. Os fatos extintivos são “todos aqueles que fazem cessar a eficácia do *ius puniendi*, como as causas extintivas de punibilidade: a morte do acusado, a anistia, a graça e o indulto, a prescrição.”²⁴

Aranha sintetiza a repartição do ônus da prova:

“à acusação cabe o ônus de provar a existência de um fato penalmente ilícito, a sua realização pelo denunciado e a culpa (*stricto sensu*); à defesa compete demonstrar a inexistência de dolo, causas extintivas de punibilidade, causas excludentes da antijuricidade e eventuais excludoras da culpabilidade.”²⁵

Dessa forma, o acusador possui o interesse de provar a existência do fato alegado, comprovando à materialidade e à autoria do crime. Já o acusado tem o interesse de provar a sua inexistência, demonstrando situações capazes de impedir a eficácia do direito de punir do Estado.

1.3 Iniciativa probatória do juiz

O artigo 156, *caput*, 2ª parte, do Código de Processo Penal autoriza a iniciativa probatória do juiz. O principal fundamento dessa iniciativa é a busca da verdade real. Logo, antes da análise a respeito da iniciativa instrutória do juiz, haverá uma exposição sucinta acerca da busca da verdade real no processo penal.

Segundo Nucci, a verdade material ou real é “a verdade que mais se aproximada realidade”²⁶:

“Afim, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu.”²⁷

²³ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 14.

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 259/260.

²⁵ ARANHA, op. cit., p. 15.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 55.

²⁷ *Ibidem*, p. 56.

O conceito de verdade real se encontra relativizado, pois é impossível se chegar à verdade absoluta. Aury explica essa relativização: “Não existem verdades absolutas, como a própria ciência encarregou-se de demonstrar, pois todo o saber é datado e tem prazo de validade (Einstein). Uma teoria só vale até que outra venha para negá-la.”²⁸ Nucci também demonstra que o conceito de verdade “é sempre relativo, até findar com a conclusão de que há impossibilidade real de se extrair, nos autos, o fiel retrato da realidade do crime”.²⁹

Ainda sobre o tema, Pacelli esclarece a diferença entre a verdade referente ao processo civil e ao processo penal:

“Enquanto o processo civil aceita uma certeza obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial (art. 302, CPC), sem prejuízo da iniciativa probatória que se confere ao julgador, no processo penal não se admite tal modalidade de certeza (frequentemente chamada de verdade formal, porque decorrente de uma presunção legal), exigindo-se a materialização da prova. Então, ainda que não impugnados os fatos imputados ao réu, ou mesmo confessados, compete à acusação a produção de provas da existência do fato e da respectiva autoria, falando-se, por isso, em uma verdade material.”³⁰

Por isso, no processo civil, o magistrado pode se satisfazer com a verdade formal (àquela que advém das provas carreadas aos autos), já no processo penal, o juiz deverá “atender à averiguação e ao descobrimento da verdade real (ou material), como fundamento da sentença.”³¹

Além disso, “deve-se destacar que a busca da verdade material não quer dizer a ilimitada possibilidade de produção de provas, pois há vedações legais que necessitam ser respeitadas”.³² Em síntese, o princípio da verdade real não autoriza que a busca pela verdade seja arbitrária, fora dos limites previstos em lei, deverá haver um respeito ao ordenamento jurídico.

A doutrina é controversa a respeito do reconhecimento da iniciativa probatória do juiz prevista no artigo 156 do Código de Processo Penal (CPP). Nucci defende que “falar em verdade real implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade.”³³

²⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 584/585.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 55.

³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878 todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 334.

³¹ NUCCI, op. cit., p. 57.

³² *Ibidem*, p. 58.

³³ *Ibidem*, p. 56.

Por isso, segundo ele, o princípio da verdade real significa que o juiz deverá buscar as provas, não devendo se limitar às provas trazidas pelas partes³⁴. Com esse entendimento, Nucci se mostra favorável à iniciativa probatória do magistrado.

Por outro lado, Pacelli é contrário aos poderes instrutórios do juiz ao explicar que “a igualdade, a *par condittio* (paridade das armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e de atuação, do juiz, impedem-no de produzir provas.”³⁵

Aury Lopes também é contrário, afirmando que “o art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório, ao atribuir ao juiz poderes instrutórios (até mesmo na fase pré-processual)”³⁶. De acordo esse entendimento, conferir ao juiz a possibilidade de ordenar a produção de provas seria apoiar o sistema inquisitivo:

“É, ainda, necessário dar-se conta de que a gestão da prova está vinculada à noção de gestão do fato histórico, e, portanto, deve estar nas mãos das partes. Do contrário, atribuindo-se ao juiz, estamos incorrendo no erro (psicológico) da inquisição de permitir-lhe (re)construir a história do crime da forma como lhe aprouver para justificar a decisão já tomada. (...) Permitir que o juiz seja o gestor do fato histórico é incorrer no mais grave dos erros: aderir ao núcleo imantador do sistema inquisitório.”³⁷

No entanto, o entendimento mais adequado é reconhecer a possibilidade de o juiz ordenar a produção de provas, mas somente em caráter subsidiário, conforme Mirabete ensina:

“O juiz pode determinar, à revelia das partes, a reprodução de provas e colher as que sejam úteis à instrução. Trata-se, porém, de atividade meramente supletiva do juiz, não tendo ele o dever de determinar tal ou qual diligência. Por isso, devem as partes diligenciar a realização das provas.”³⁸

Aranha segue tal entendimento e demonstra a existência de uma regra geral: as partes possuem o ônus de provar os fatos que alegaram. No entanto, “faculta-se ao juiz, supletivamente, apurar a verdade, chamando para si o ônus de demonstrar o que uma das partes não quis, não soube ou não pôde aproveitar.”³⁹

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 56.

³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878 todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 333.

³⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 593.

³⁷ *Ibidem*, p. 593.

³⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2008. p. 259.

³⁹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16.

Aranha ainda adverte: “o juiz deve usar a faculdade contida no art. 156 do CPP com muita cautela, com a máxima prudência, para que não se transforme, no processo, em parte acusadora ou defendente.”⁴⁰

Portanto, apesar do art. 156 do CPP autorizar a atividade probatória do juiz, ela deverá ser possível somente em caráter supletivo, mediante decisão fundamentada e desde que seja submetida ao contraditório, porque assim não ocorrerá a perda da imparcialidade do juiz.

1.4 Meios de prova

Segundo Nucci, os meios de prova “são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo”⁴¹. De acordo com Mirabete, “são as coisas ou ações utilizadas para pesquisar ou demonstrar a verdade”⁴². Como exemplo podemos citar os depoimentos, os documentos, as perícias, os reconhecimentos.

Na esfera probatória, as partes poderão utilizar os meios de prova com ampla liberdade, pois “qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei.”⁴³ No entanto, o princípio da liberdade probatória não é absoluto, segue o raciocínio de Nucci:

“Todas as provas que não contrariem o ordenamento jurídico podem ser produzidas no processo penal, salvo as que disserem respeito, por expressa vedação do art. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal, ao estado das pessoas (casamento, menoridade, filiação, cidadania, entre outros). Nesta hipótese, deve-se acatar o disposto na lei civil. Exemplo disso é a prova do estado de casado, que, como regra, se faz pela apresentação da certidão do registro civil, de nada valendo outro meio probatório.”⁴⁴

Assim, os meios de prova deverão ser permitidos pelo ordenamento jurídico, sendo vedados os meios ilícitos, que abrangem “não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito.”⁴⁵

Além disso, os meios de prova estão previstos nos artigos 158 a 250 do Código de Processo Penal. Porém, esse rol não é taxativo, logo, é meramente exemplificativo, pois são

⁴⁰ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 336.

⁴² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2008. p. 252.

⁴³ *Ibidem*, p. 252.

⁴⁴ NUCCI, op. cit., p. 337.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 337.

permitidas as provas inominadas, aquelas que não possuem previsão expressa na lei.⁴⁶ Contudo, as provas inominadas somente serão admitidas se respeitarem as normas constitucionais e processuais referentes à produção probatória.⁴⁷

1.5 Métodos de valoração das provas

Segundo Aranha, a avaliação da prova é um ato pessoal do magistrado, por meio do qual irá examinar as provas trazidas pelas partes para chegar a uma conclusão, com o objetivo de aplicar o direito ao caso concreto.⁴⁸

Ao longo da história, surgiram três métodos de valoração das provas pelo juiz: sistema de prova legal, sistema da íntima convicção e sistema do livre convencimento motivado.

1.5.1 Prova legal/tarifada

A partir do século XIII até o século XVII, buscou-se, de forma mais intensa, a superação do excesso de poderes atribuídos ao juiz à época do sistema inquisitivo. Com isso, surgiu o sistema de prova legal com a finalidade de reduzir tais poderes, com a instituição de um modelo rígido de avaliação de prova. Nesse sistema, “o legislador é quem procedia à valoração prévia das provas, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável.”⁴⁹

Em tal sistema, “cada prova tinha um valor preestabelecido em lei, inalterável e constante, de sorte que ao juiz não era livre a avaliação, agindo bitolado pela eficácia normativa.”⁵⁰ Por isso, era chamado de sistema tarifado, já que as provas possuíam uma tabela fixa, de modo que o juiz deveria vincular-se aos valores preestabelecidos por ela.⁵¹

Assim, “o juiz torna-se um órgão passivo, pois, diante do valor tabelado, a ele cabe apenas verificar o valor atribuído pela lei, reconhecendo-o na sentença, sem que possa fazer sua apreciação diante da própria convicção.”⁵²

Mirabete sintetiza o sistema de prova tarifada, também chamado de certeza moral do legislador: “a lei impõe ao juiz a observância de certos preceitos, estabelece o valor de cada

⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2008. p. 253.

⁴⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 597.

⁴⁸ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 74.

⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878 todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 340.

⁵⁰ ARANHA, op. cit., p. 75.

⁵¹ *Ibidem*, p. 75.

⁵² *Ibidem*, p. 76.

prova, institui uma hierarquia delas, de forma que não lhe deixa praticamente nenhuma liberdade de apreciação.”⁵³

1.5.2 *Íntima convicção*

O sistema da íntima convicção, também chamado de sistema da certeza moral do juiz, surgiu em Roma e dava ao magistrado total e irrestrita possibilidade de apreciar as provas.⁵⁴ Nesse sistema, “a lei nada diz sobre o valor das provas e a decisão funda-se exclusivamente na certeza moral do juiz, que decide sobre sua admissibilidade, sua avaliação, seu carreamento para os autos.”⁵⁵

Ainda sobre o tema, Aranha explica:

“O juiz não estava vinculado a qualquer regra legal, (...), pois a verdade jurídica era dita pela sua convicção, resultante não só dos elementos fornecidos como também de seu conhecimento pessoal, de suas impressões, de informações extraproceto etc. Acrescenta-se que não estava obrigado a exteriorizar os motivos determinantes de sua convicção.”⁵⁶

Tal sistema é adotado no Tribunal do Júri, porque os jurados são soberanos e decidem de acordo com sua convicção, sem a necessidade de motivar seu voto.⁵⁷

1.5.3 *Livre convencimento motivado/persuasão racional*

Segundo Ada Pellegrini, o equilíbrio somente foi encontrado por meio do terceiro sistema de avaliação de prova, o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado:

“O terceiro meio de avaliação de prova eliminou a tirania judicial, a irresponsabilidade e o arbítrio do sistema de julgamento *secundum conscientiam*, sem coarctar-se a persuasão racional do juiz, o qual forma livremente o seu convencimento, mas sem despotismo, porque a decisão há de ser fundamentada e só pode alicerçar-se sobre as provas existentes nos autos.”⁵⁸

⁵³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2008. p. 260.

⁵⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 76.

⁵⁵ MIRABETE, op. cit., p. 260.

⁵⁶ ARANHA, op. cit., p. 76/77.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 342.

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 83.

Por tal sistema, “o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente.”⁵⁹ O magistrado não fica vinculado a critérios previamente definidos em lei e, assim, é livre na escolha e valoração das provas.⁶⁰

No entanto, o magistrado é obrigado a fundamentar a sua decisão, exteriorizando os motivos de sua convicção.⁶¹ O juiz “deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas.”⁶²

Além disso, o juiz “somente poderá decidir pelo contido nos autos (...), sendo vedados os fatos extra-autos, de seu conhecimento ou impressão pessoal.”⁶³ O magistrado “está adstrito às provas carreadas aos autos, não podendo fundamentar qualquer decisão em elementos estranhos a eles: o que não está nos autos não está no mundo.”⁶⁴

Desse modo, o sistema do livre convencimento motivado é adotado pelo processo penal brasileiro, conforme dispõe o *caput* do art. 155 do Código de Processo Penal: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova (...).”⁶⁵ Portanto, o magistrado é livre na formação de seu convencimento, desde que o faça de modo fundamentado e desde que seja baseado somente nas provas constantes dos autos.

1.6 Garantias constitucionais acerca do direito à prova

O direito à prova não é absoluto, isto é, está adstrito às limitações impostas pelo ordenamento jurídico.⁶⁶ Então, os institutos probatórios devem se basear na legalidade, uma vez que há uma prévia fixação de regras pelo legislador na disciplina jurídica da prova.⁶⁷

⁵⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878 todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 340.

⁶⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2008. p. 260.

⁶¹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 79.

⁶² OLIVEIRA, op. cit., p. 340.

⁶³ ARANHA, op. cit., p. 80.

⁶⁴ MIRABETE, op. cit., p. 260.

⁶⁵ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25/05/2015.

⁶⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1997. p. 91.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 56.

Além disso, essas regras devem decorrer diretamente dos preceitos constitucionais, já que a Constituição é “suprema no sistema normativo”⁶⁸.

Assim, todas as normas fixadas pelo legislador em relação à disciplina jurídica da prova devem respeitar as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal acerca do direito à prova, quais sejam: princípio do contraditório, presunção de não culpabilidade, garantia contra a autoincriminação e inadmissibilidade das provas ilícitas. No entanto, a garantia constitucional referente à inadmissibilidade das provas ilícitas será abordada no Título 2 deste presente trabalho.

1.6.1 Princípio do contraditório

No âmbito processual penal, de acordo com Aranha, o princípio do contraditório ou audiência contraditória significa que “toda prova admite contraprova, não sendo admissível a produção de umas delas sem o consentimento da outra parte.”⁶⁹ Logo, “toda alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por umas das partes, tem o adversário o direito de se manifestar”.⁷⁰

Segundo Grinover, “o contraditório, como contraposição dialética paritária e forma organizada de cooperação no processo, constitui o resultado da moderna concepção da relação jurídica processual, da qual emerge o conceito de *par condicio*, ou igualdade de armas.”⁷¹

Assim, a concepção dinâmica do contraditório demonstra a necessidade de o julgador estar equidistante das partes, proporcionando uma verdadeira igualdade de armas. Por isso, o princípio do contraditório se relaciona com a paridade de armas, já que “ao se garantir a ambos os contendores, o contraditório, também se assegura um tratamento igualitário.”⁷²

A Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso LV, prevê a garantia constitucional do contraditório, que, segundo Grinover, “há de ser pleno e efetivo, indicando a real participação das partes na relação jurídica processual.”⁷³ Scarance Fernandes ilustra tal entendimento:

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 24.

⁶⁹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 33.

⁷⁰ NUCCI, op. cit., p. 37.

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 7.

⁷² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 69.

⁷³ GRINOVER, op. cit., p. 11.

“Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhes os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade das armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares.”⁷⁴

Extraí-se dessa garantia constitucional que o efetivo contraditório deve ser observado na fase processual e não na fase investigatória. “Ao mencionar o contraditório, impõe seja observado em processo judicial ou administrativo, não estando aí abrangido o inquérito policial”⁷⁵. Logo, o artigo 155 do Código de Processo Penal (CPP) fixou o entendimento de que somente a prova produzida em contraditório judicial é apta à formação da convicção do magistrado.⁷⁶

Ainda sobre o tema, Nucci esclarece:

“O propósito legislativo foi evitar que o magistrado levasse em conta, como fundamento para sua decisão, a prova colhida na fase investigatória (normalmente, a fase do inquérito policial), pois não há o contraditório, nem a ampla defesa. O correto seria, então, concentrar a análise e avaliação das provas produzidas em contraditório judicial.”⁷⁷

Em síntese, o art. 155 do CPP, exige o contraditório na formação e na produção da prova. Barbosa Moreira explica a necessidade do contraditório no direito à prova:

“A garantia do contraditório significa, antes de mais nada, que a ambas as partes hão de conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas. (...) Significa, a seguir, que não deve haver disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento dessas provas pelo órgão jurisdicional. Também significa que as partes terão as mesmas possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados.”⁷⁸

No entanto, a parte final do artigo 155 do CPP prevê uma ressalva quanto às situações em que o juiz poderá, não exclusivamente, basear a sua decisão em elementos do inquérito policial: “a única ressalva concentrar-se-ia nas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, como os laudos periciais produzidos de imediato para que o objeto não se perca (ex.: exame cadavérico).”⁷⁹

⁷⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 65.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 70.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 73.

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 344.

⁷⁸ Apud GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 20.

⁷⁹ NUCCI, op. cit., p. 344.

Portanto, o contraditório é condição de validade das provas. Logo, o magistrado somente poderá julgar com base nas provas produzidas em contraditório judicial, “mas poderá levar em conta, não exclusivamente, os elementos informativos da investigação quando constituírem provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”⁸⁰

1.6.2 Presunção de não culpabilidade

O princípio da não culpabilidade, segundo Rogério Lauria Tucci, consiste “na assecuração, ao imputado, do direito de ser considerado inocente até que sentença penal condenatória venha a transitar formalmente em julgado, sobrevindo, então, a coisa julgada de autoridade relativa.”⁸¹

Essa garantia tem previsão constitucional no artigo 5º, LVII da Carta Magna. Assim, há o regramento, determinante, a *favor libertatis* de que, “sem a necessária certeza de ser o imputado autor da infração penal cuja prática lhe é atribuída, que só se concretiza com o trânsito em julgado da sentença condenatória, não há como considerá-lo culpado.”⁸²

Com isso, surgem duas interpretações a respeito da extensão desse princípio. A primeira possui caráter probatório e estabelece que “todo ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação.”⁸³ Scarance Fernandes aprofunda tal interpretação:

A primeira, “mais restritiva, vincula-o exclusivamente ao ônus de provar, entendendo-se que, por ostentar o réu em virtude do princípio invocado o *status* de inocente até decisão final, impõe-se ao Ministério Público, ou querelante, o ônus de demonstrar os fatos imputados na denúncia ou queixa. Em outras palavras, não é o acusado que deve demonstrar sua inocência, mas é o Ministério Público quem deve provar a sua culpa.”⁸⁴

A segunda interpretação estabelece que “o estado de inocência proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo.”⁸⁵ Scarance Fernandes explica tal orientação:

⁸⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 73.

⁸¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 321.

⁸² *Ibidem*, p. 322.

⁸³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878 todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48.

⁸⁴ FERNANDES, op. cit., p. 291.

⁸⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 48.

“Outra orientação, mais ampla, liga o princípio da presunção da inocência ao ônus de provar e, ainda, à prisão, extraindo dele regra fundamental sobre a prisão durante o processo.” “Se o réu apenas pode ser considerado culpado após sentença condenatória transitada em julgado, a prisão, antes disso, não pode configurar simples antecipação de pena, somente se justificando quando tiver natureza cautelar.”⁸⁶

Em síntese, o acusado não poderá ser tratado como se já fosse culpado antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória. Então, já que o ônus da prova do ilícito penal é do acusador, o réu não está obrigado a provar a sua inocência, incumbe, pois, à acusação provar a sua culpabilidade. Além disso, a prisão processual não poderá ser utilizada como punição antecipada do acusado, porque a regra é responder à ação penal em liberdade, sendo excepcional a prisão cautelar.

1.6.3 Garantia contra a autoincriminação

Segundo Elizabeth Queijo, a garantia contra a autoincriminação, também chamada de princípio *nemo tenetur se detegere*, é um direito fundamental e possui a seguinte finalidade:

“proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.”⁸⁷

Em razão da incidência desse princípio, a doutrina entende que há uma impossibilidade do acusado ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.⁸⁸ Assim, o réu não poderá ser compelido, compulsoriamente, “a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse.”⁸⁹

Além disso, a jurisprudência brasileira “tem afastado o dever de colaboração do acusado na produção das provas no processo penal, nos casos em que se exigir do acusado, para a produção da prova, uma colaboração ativa.”⁹⁰ Dessa forma, não é permitida a execução coercitiva contra o acusado para compeli-lo a colaborar na produção das provas.⁹¹

⁸⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 291/292.

⁸⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 77.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 313.

⁸⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878 todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41.

⁹⁰ QUEIJO, op. cit., p. 313.

⁹¹ *Ibidem*, p. 313.

Também, conforme ensina Scarance Fernandes, a recusa do acusado em colaborar não caracteriza infração penal: “não se admite que a eventual recusa de colaboração para produção de prova contra sua pessoa possa configurar crime de desobediência (CP, art. 330).”⁹²

Como decorrência da garantia contra a autoincriminação, surge o direito ao silêncio, garantia fundamental, prevista no artigo 5º, inciso, LXIII da Constituição Federal. De acordo com Elizabeth Queijo, “o direito ao silêncio corresponde ao direito de não responder às indagações formuladas pela autoridade. É o direito de calar, reconhecimento da liberdade moral do acusado.”⁹³

Grinover, Fernandes e Gomes Filho defendem que o exercício do direito ao silêncio “há de ser assegurado de maneira plena, sem poder vir acompanhado de pressões, diretas ou indiretas, destinadas a induzir o acusado a prestar depoimento.”⁹⁴ Assim, é de fundamental importância o dever da autoridade de informar ao réu quanto a existência desse direito e quanto às consequências de seu exercício.⁹⁵

Ademais, “nenhuma consequência prejudicial ao acusado poderá ser extraída do exercício do direito ao silêncio.”⁹⁶ Logo, o direito ao silêncio nunca poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Desse modo, de acordo com a doutrina e jurisprudência, é pacífico o entendimento de que o acusado não é obrigado a produzir prova contra si mesmo e nem poderá ser constrangido, direta ou indiretamente, a colaborar com o acusador. Como consequência disso, possui o direito ao silêncio que não poderá ser interpretado em seu prejuízo.

⁹² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 265.

⁹³ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 233.

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 78.

⁹⁵ QUEIJO, op. cit., p. 249.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 262/263.

2 AS PROVAS ILÍCITAS

A questão das provas ilícitas se insere na discussão acerca dos limites do conteúdo probatório a ser introduzido no processo. Nesse contexto, indaga-se a respeito da admissão ou rejeição das provas ilícitas no procedimento probatório. Assim, o critério adotado pelo legislador constituinte é pela rejeição das provas ilícitas, pois “a obtenção da prova ilícita macula o seu conteúdo, tendo por consequência a inaptidão para a formação do convencimento judicial.”⁹⁷

Por isso, a Constituição Federal consagrou a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas, como uma forma de controle da qualidade do material probatório introduzido no processo e como um meio de resguardar os direitos de personalidade que podem ser afetados na fase investigatória.

2.1 Garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas

O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal dispõe: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”⁹⁸ Rachel Pinheiro explica o propósito do legislador ao criar a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas:

“O dispositivo constitucional diante de uma análise histórica visa a proteger direitos decorrentes do princípio da dignidade humana, estabelecendo-se uma limitação à persecução penal do Estado. O limite estaria em respeitar a individualidade em detrimento do agir incontrolado do Estado na busca da verdade real, sendo esta uma atitude fruto do sistema acusatório e dos resquícios da história política brasileira.”⁹⁹

De acordo com Eugênio Pacelli, a proibição das provas ilícitas é um meio de controle da legalidade da persecução penal realizada pelo Estado, desestimulando, no momento da produção de provas, a utilização de práticas ilegais.¹⁰⁰ Além disso, afirma que a norma que assegura a inadmissibilidade das provas ilícitas “presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e

⁹⁷ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 31.

⁹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25/05/2015.

⁹⁹ MENDONÇA, op. cit., p. 67.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878 todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 345.

garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo”.¹⁰¹

Assim, a vedação das provas ilícitas possui, principalmente, o objetivo de proteger os direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, em especial, o direito à privacidade, à intimidade, à honra, à imagem (art. 5º, X) e o direito à inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI), porque são “normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias.”¹⁰²

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro veda expressamente a prova obtida por meios ilícitos com fundamento na proteção dos direitos fundamentais da personalidade e com o objetivo de impor “limites aos poderes de investigação, pública e privada”, visando à proteção do indivíduo.¹⁰³

2.2 Conceito de prova ilícita - Prova ilícita X Prova ilegítima

A prova ilícita se enquadra no conceito de prova ilegal. Logo, “diz-se que a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material.”¹⁰⁴

A prova ilegal é o gênero, da qual são espécies: a ilegítima e a ilícita *stricto sensu*. A prova ilegítima é aquela com violação às normas de direito processual, como por exemplo, a prova juntada fora do prazo. Já a prova ilícita *stricto sensu* é aquela que infringe as normas de direito material, como por exemplo, a interceptação telefônica ilegal.¹⁰⁵

Com relação à violação de direito 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”¹⁰⁶. Assim, o descumprimento da lei processual implica nulidade do ato que ensejou a formação da prova e, conseqüentemente, a sua renovação com base no art. 573, caput, do Código de Processo Penal.¹⁰⁷

No entanto, o ponto de maior debate e reflexão se refere à prova ilícita *stricto sensu*.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878 todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 345.

¹⁰² *Ibidem*, p. 345.

¹⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 128/129.

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 126.

¹⁰⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 577/578.

¹⁰⁶ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, op. cit., p. 127.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 127.

“Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade”.¹⁰⁸

O artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal dispõe sobre a prova ilícita *stricto sensu*: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”¹⁰⁹

Assim, as provas ilícitas em sentido estrito, são consideradas pela lei e pela Constituição como sendo inadmissíveis, logo, não são tidas como provas e devem ser desentranhadas do processo. “Trata-se de não ato, de não prova, que reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas. Daí sua total ineficácia.”¹¹⁰

Rachel Pinheiro sintetiza o entendimento quanto às consequências da admissão da prova ilegítima e ilícita:

“Em havendo a violação de um impedimento meramente processual, a sanção estará na nulidade do ato ou na ineficácia da decisão, configurando a ilegitimidade da prova, enquanto que se se tratar de violação de um impedimento substancial, a sanção será a inexistência, uma vez que os efeitos são a desconsideração da prova inapta ao exercício do livre convencimento motivado.”¹¹¹

Desse modo, a admissão da prova ilegítima (violação de caráter processual) gera a nulidade do ato que ensejou a formação da prova. Já a admissão da prova ilícita em sentido estrito (violação de caráter material) conduz à inexistência jurídica, logo, a prova deve ser desentranhada do processo.

2.3 Correntes doutrinárias acerca da produção das provas ilícitas

Ao longo do tempo, surgiram diversos posicionamentos a respeito da admissibilidade das provas ilícitas.¹¹² Ada Pellegrini, ao discorrer sobre esse tema, organizou tais posicionamentos em quatro correntes doutrinárias que serão abordadas ao longo deste subtítulo.

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 127.

¹⁰⁹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25/05/2015.

¹¹⁰ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, op. cit., p. 138.

¹¹¹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 33.

¹¹² GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, op. cit., p. 128.

2.3.1 Admissibilidade das provas ilícitas e a punição do infrator

A primeira corrente doutrinária admitia a prova ilícita, caso ocorresse à punição do responsável pelo ato ilícito praticado na colheita ilegal da prova.¹¹³ Os defensores dessa corrente afirmam que

“a admissibilidade das provas julga-se segundo a lei processual, a qual estabelece que quem agiu *contra ius* deve ser punido, porém a prova é validamente introduzida no processo, caso não seja expressamente vedada pela lei processual.”¹¹⁴

Assim, somente as provas violadoras de uma norma instrumental, as ilegítimas, é que poderiam ser rejeitadas, porque seriam as únicas que dispõem de uma sanção de natureza processual. Logo, a violação de uma norma material apenas traria a penalidade específica ao ofensor, não podendo ser esta afastada do processo.¹¹⁵

Dessa forma, somente seriam inadmissíveis as provas ilegítimas. Então, as provas ilícitas em sentido estrito seriam permitidas no processo, pois nesse caso, seria suficiente apenas a punição do infrator por meio de sanções civis, penais ou administrativas.¹¹⁶

2.3.2 Inadmissibilidade das provas ilícitas e ilegítimas

Apesar de a posição inicial admitir a prova ilícita com a devida punição do infrator, surgiu, posteriormente, a corrente doutrinária que defendia que a prova obtida ilegalmente deveria sempre ser afastada do processo.¹¹⁷

Defendeu-se a inadmissibilidade das provas ilegais (ilegítimas ou ilícitas) com a finalidade de desestimular a prática de atos ilícitos pelos funcionários de polícia, conforme expõe Grinover:

“A tese é dita pela preocupação de assegurar, em qualquer caso, a legalidade na repressão do crime, e pode ser justificada pela consideração de que as sanções previstas para o ato ilícito do funcionário de polícia são raramente aplicadas, de modo que somente a inadmissibilidade, no processo penal, da prova ilegalmente obtida pode cortar cerce o arbítrio do poder público.”¹¹⁸

¹¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 128.

¹¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 144.

¹¹⁵ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 63.

¹¹⁶ GRINOVER, op. cit., p. 143.

¹¹⁷ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, op. cit., p. 128/129.

¹¹⁸ GRINOVER, op. cit., p. 147.

O fundamento dessa teoria se baseia na ideia de que o direito é um todo unitário e não composto por áreas separadas. Assim, de acordo com Camargo Aranha, o ilícito afrontaria o direito em sua totalidade:

“Ora, se a prova é ilícita, afronta ao direito em seu universo, não sendo admissível no processo, ainda que não seja instrumental a norma violada.”
 “Não se pode admitir que o mesmo fato seja objeto de julgamento diferentes: condenado e prestigiado, apenas porque dividiu-se o direito em ramos autônomos.”¹¹⁹

Desse modo, independentemente da natureza da norma violada (processual ou material), a prova obtida por meio dessa violação deveria ser considerada ilegal e, conseqüentemente, ser excluída do processo.¹²⁰

2.3.3 Ilicitude material da obtenção da prova e a sua inadmissibilidade processual

Essa teoria “engloba a ilicitude material da obtenção da prova e a sua inadmissibilidade processual, sob o prisma da inconstitucionalidade.”¹²¹ A finalidade é “a preservação de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente e protegidos pelas cláusulas pétreas.”¹²² Assim, busca-se proteger o direito à intimidade, em especial, a dignidade humana e a liberdade.¹²³

De acordo com essa corrente, a prova ilícita seria considerada inconstitucional, conforme explica Grinover:

“A doutrina em questão sustenta que a prova ilícita deve ser rejeitada, mesmo quando inexistir norma processual que a considere inadmissível, e a rejeição deve ocorrer devido à sua inconstitucionalidade, sempre que, o colhimento da prova infrinja alguma norma ou princípio geral da Constituição, mais especificamente nas constituições que estabeleçam um critério amplo quanto ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais.”¹²⁴

Portanto, Aranha acrescenta que toda prova ilícita ofende a Constituição, pois atinge os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Logo, a prova obtida por meios ilícitos fica afastada pela inconstitucionalidade e não pode prevalecer no ordenamento jurídico.¹²⁵

¹¹⁹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 64.

¹²⁰ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 62.

¹²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 149.

¹²² MENDONÇA, op. cit., p. 62.

¹²³ GRINOVER, op. cit., p. 149.

¹²⁴ Ibidem, p. 151.

¹²⁵ ARANHA, op. cit., p. 65.

2.3.4 Admissibilidade das provas ilícitas com base no princípio da proporcionalidade

Dentro da teoria que pretendeu reunir a ilicitude material e a inadmissibilidade processual da prova em uma visão constitucional, surgiu uma nova concepção que vem flexibilizando a questão da inadmissibilidade das provas ilícitas.¹²⁶ Essa tendência se baseia no princípio da proporcionalidade e possui o objetivo de “corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade”.¹²⁷

É o denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, um critério de proporcionalidade, em que os Tribunais da Alemanha admitem, excepcionalmente, a prova ilícita somente em casos extremamente graves, com fundamento na ponderação entre valores fundamentais conflitantes.¹²⁸ Esse critério “visa, primordialmente, a prevenir eventuais injustiças causadas pela aplicação irrestrita e cega da lei, quando em confronto com casos de especial gravidade.”¹²⁹

Portanto, os adeptos dessa corrente defendem a aplicação do princípio da proporcionalidade, mas somente em situações concretas extraordinárias, nas quais “a inadmissibilidade da prova ilícita poderia produzir resultados desproporcionais, desusuais e repugnantes.”¹³⁰

2.4 Princípio da Proporcionalidade

A Constituição Federal prevê inúmeros direitos e garantias fundamentais, contudo, tais direitos não são absolutos. Assim, segundo César Dario, “sempre será possível o sacrifício de um direito em prol de outro de igual ou superior valia, dada a relatividade dos direitos e garantias constitucionais”¹³¹.

De acordo com Pacelli, o critério de interpretação sistemática de normas constitucionais mais utilizado para resolver eventuais conflitos entre valores constitucionais é o chamado princípio da proporcionalidade. Com base nesse princípio, existindo conflito entre

¹²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 151.

¹²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 129.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 129.

¹²⁹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 65.

¹³⁰ GRINOVER, op. cit., p. 152.

¹³¹ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 18.

valores constitucionais, é necessário realizar uma ponderação entre eles no caso concreto para verificação de qual valor deverá preponderar.¹³²

Ainda sobre o tema, Torquato Avolio esclarece:

“A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância de interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilícitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.”¹³³

Portanto, a teoria da proporcionalidade poderá ser aplicada para se admitir uma prova ilícita ou derivada da ilícita apenas em situações excepcionais, em que não há a possibilidade de utilização de outros meios de prova e somente após a ponderação dos valores em conflito.¹³⁴

2.4.1 Provas ilícitas pro reo

O princípio da proporcionalidade se manifesta na admissibilidade das provas ilícitas *pro reo*, que é “a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros”.¹³⁵

Uma situação concreta que ilustra tal conceito é quando o réu é acusado injustamente de um delito que não praticou e, para provar sua inocência, viola o direito à intimidade de outrem. Nesse caso, a prova ilícita pode ser admitida no processo, já que se revela a favor do réu.¹³⁶

Segundo Ávila, na utilização da prova ilícita a favor do réu, “o valor em ponderação é diretamente a dignidade da pessoa do réu, injustamente acusado de um delito, com o risco de pagar com sua liberdade, pela má apreciação dos fatos na atividade jurisdicional.”¹³⁷

Gomes Filho esclarece a ponderação de interesses na admissão da prova ilícita *pro reo*:

¹³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878 todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 374.

¹³³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 72.

¹³⁴ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 18.

¹³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 129.

¹³⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 582.

¹³⁷ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203.

“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 culpado.”¹³⁸

Com base no princípio da proporcionalidade, devem ser observados três critérios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Há a adequação, já que a prova obtida com violação de direitos fundamentais se presta a provar a inocência do acusado ou a diminuir sua pena. Existe a necessidade, porque não existem outras provas aptas a beneficiar o réu. Além da proporcionalidade em sentido estrito, pois se respeitou a proporcionalidade do bem lesado com o bem a ser protegido.¹³⁹

Ainda sobre o tema, Torquato Avolio esclarece:

“a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impetra o princípio do *favor rei* é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência.”¹⁴⁰

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do AI 602724 AgR-segundo/PR, afirmou a possibilidade de a gravação telefônica, feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, poder ser usada como meio de prova, quando não existir causa legal de sigilo ou de reserva da conversação:

“PROCESSUAL CIVIL. SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPROVAÇÃO TARDIA DE TEMPESTIVIDADE. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DECIDIDA PELO TRIBUNAL PLENO NO RE 626.358 AGR, MIN. CEZAR PELUSO, DJE DE 23/08/2012. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA DECISÃO QUE DÁ PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL QUE DISCUTE O PRÓPRIO CONHECIMENTO DO RECURSO. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO COMO PROVA EM PROCESSO JUDICIAL. PRECEDENTES. 1. É pacífico na jurisprudência do STF o entendimento de que não há ilicitude em gravação telefônica realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, podendo ela ser utilizada como prova em processo judicial. 2. O STF, em caso análogo, decidiu que é admissível o uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro

¹³⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 106/107.

¹³⁹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 205.

¹⁴⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 80.

(RE 583937 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, DJe de 18-12-2009). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.”¹⁴¹

No referido precedente, o Relator Teori Zavascki argumentou que o STF, em caso semelhante, julgado sob o regime do art. 543-B do CPC, decidiu que é admissível a utilização, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro:

“AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.”¹⁴²

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do RHC 34733/MG, também reconheceu a licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem o consentimento da outra parte, já que não restou caracterizada violação de sigilo:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ESTELIONATO E FRAUDE PROCESSUAL. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. COLHEITA DA PROVA REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES PARA DEFESA DE SEU DIREITO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE SIGILO. ILICITUDE. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO APLICAÇÃO DA LEI N.º 9.296/96 RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento da outra parte, quando não restar caracterizada violação de sigilo, é considerada prova lícita. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.
2. A Lei n.º 9.296/96, que disciplina a parte final do inciso XII do art. 5.º da Constituição Federal, não se aplica às gravações ambientais.
3. Em recente assentada, por ocasião do recebimento da denúncia nos autos da APn n.º 707/DF, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a gravação clandestina feita por um dos participantes da conversa é válida como prova para a deflagração de persecução criminal.
4. Reconhecida a legalidade da prova contra a qual se insurgem os recorrentes, não há falar em ausência de justa causa para a ação penal.
5. Recurso improvido.”¹⁴³

¹⁴¹ BRASIL. STF. *AI 602724 AgR-segundo*, Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 21-08-2013 PUBLIC 22-08-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4366791>>. Acesso em 15/07/2015.

¹⁴² BRASIL. STF. *RE 583937 QO-RG*, Relator: Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01741 RTJ VOL-00220- PP-00589 RJSP v. 58, n. 393, 2010, p. 181-194. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607025>>. Acesso em: 15/07/2015.

¹⁴³ BRASIL. STJ. *RHC 34.733/MG*, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 12/08/2014, DJe 19/08/2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1337545&tipo=0&nreg=201202582060&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140819&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 15/07/2015.

No referido julgado, o Relator Jorge Mussi sustentou que a gravação ambiental é lícita, pois foi realizada para defesa de direito próprio:

“Na hipótese dos autos, conforme se infere da situação fática delineada pelas instâncias de origem, o registro do diálogo feito por um dos interlocutores não pode ser considerado ilegal, tendo em vista que perpetrado para a defesa de direito próprio, qual seja, a cessão de direitos que anteriormente lhe fora conferida, razão pela qual não se pode falar em ilicitude da prova.”¹⁴⁴

Portanto, segundo a jurisprudência do STF e do STJ, está pacificada a aceitação da gravação telefônica e ambiental como meio de prova, mesmo feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando constituir, principalmente, exercício de defesa própria em procedimento criminal. Logo, resta demonstrado que o entendimento majoritário é pela adoção do princípio da proporcionalidade, desde que em prol da defesa do acusado.

2.4.2 Provas ilícitas pro societate

Também se observa a aplicação do princípio da proporcionalidade na admissibilidade da prova ilícita *pro societate*.

Quando o indivíduo comete uma infração penal, surge para o Estado o direito-dever de punir. Assim, os princípios e garantias constitucionais constituem limitações ao exercício da pretensão punitiva do Estado. Logo, os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal “são autênticos freios aos excessos do Estado contra o indivíduo”.¹⁴⁵

Então, é indispensável uma ponderação entre o dever da proteção penal e os direitos de defesa, como defende Ávila: “Daí surge à necessidade de compatibilizar a proteção genérica dada aos direitos fundamentais, através da regra da exclusão, com o dever do Estado de perseguir a criminalidade”.¹⁴⁶

Ainda sobre o tema, Aranha completa:

“Em certas situações, a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses fundamentais relevantes, antagônicos, e que a ela cumpre preservar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve consultar o interesse que prevalecer e que, como tal, deve ser preservado.”¹⁴⁷ “A única prova obtida

¹⁴⁴ BRASIL. STJ. *RHC 34.733/MG*, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 12/08/2014, DJe 19/08/2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1337545&tipo=0&nreg=201202582060&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140819&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 15/07/2015.

¹⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 27-28.

¹⁴⁶ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 208/209.

¹⁴⁷ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 67.

contra um sanguinário sequestrador foi a gravação de uma conversa telefônica interceptada: absolve-se, preservando-se um princípio constitucional, ou condena-se, preservando-se a sociedade?”¹⁴⁸

Scarance Fernandes explica que o princípio da proporcionalidade *pro societate* possui a finalidade de proteger o indivíduo “contra os excessos na atuação dos órgãos detentores do poder, buscando encontrar a medida adequada, necessária e justa”¹⁴⁹. Logo, conclui que “não se trata, portanto, de invocar o princípio a favor ou contra o acusado, mas de se constatar, em cada caso, se a restrição ao indivíduo é necessária, adequada e se justifica pelo valor que protege.”¹⁵⁰

No entanto, não é pacífica na doutrina a aceitação do princípio da proporcionalidade a favor da sociedade, uma vez que “o risco da ponderação de interesses da licitude probatória é dado pela prevalência constante do interesse punitivo do Estado, o que traz um critério indeterminado e movediço, normalmente destinado a salvar o processo de uma anulação traumática”.¹⁵¹

O Supremo Tribunal Federal, no HC 105527/DF, entendeu que a interceptação telefônica do investigado legalmente autorizada pode ser utilizada em desfavor de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, quando for o único meio de prova necessário ao esclarecimento do fato delituoso.

No caso concreto, no período de monitoramento, foi gravado um diálogo entre o investigado e seu irmão, no qual faziam menção a um pagamento de determinada porcentagem para a paciente, que também estaria fazendo parte do esquema ilícito. Assim, o impetrante alegou que as interceptações telefônicas perpetradas contra a paciente eram ilegais, “sob o argumento de que à época em que foi feita a representação pelo monitoramento não existiam indícios razoáveis da participação da paciente nas infrações penais e de não ter havido investigação prévia à sua autorização.”¹⁵²

No julgamento, a Relatora Ellen Gracie denegou o presente habeas corpus, com o seguinte argumento:

¹⁴⁸ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 68.

¹⁴⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 62.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 63.

¹⁵¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 210.

¹⁵² BRASIL. STF. HC 105527/DF, Relatora: Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 29/03/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 12-05-2011 PUBLIC 13-05-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1158841>>. Acesso em: 18/07/2015.

Quanto à ausência de indícios razoáveis de participação da paciente nas infrações penais investigadas, alegados pelo impetrante como imprescindíveis para o deferimento da interceptação, percebe-se que o monitoramento de seu terminal telefônico se deu no contexto de gravações telefônicas autorizadas judicialmente, em que houve menção de pagamento de determinada porcentagem à paciente, o que consiste em indício de sua participação na empreitada criminosa. Na lição de Guilherme de Souza Nucci: “Se durante a interceptação, legalmente determinada, descobre-se a prática de outros delitos, não é possível ao Estado, cuidando-se de crimes de ação pública incondicionada, fingir que nada houve.” (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 4ª Ed., São Paulo: RT, 2009, pg. 762).¹⁵³

Segue a ementa do acórdão:

“HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ÚNICO MEIO DE PROVA VIÁVEL. PRÉVIA INVESTIGAÇÃO. DESNECESSIDADE. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO NO CRIME SURTIDOS DURANTE O PERÍODO DE MONITORAMENTO. PRESCINDIBILIDADE DE DEGRAVAÇÃO DE TODAS AS CONVERSAS. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Na espécie, a interceptação telefônica era o único meio viável à investigação dos crimes levados ao conhecimento da Polícia Federal, mormente se se levar em conta que as negociações das vantagens indevidas solicitadas pelo investigado se davam eminentemente por telefone. 2. É lícita a interceptação telefônica, determinada em decisão judicial fundamentada, quando necessária, como único meio de prova, à apuração de fato delituoso. Precedentes. 3. O monitoramento do terminal telefônico da paciente se deu no contexto de gravações telefônicas autorizadas judicialmente, em que houve menção de pagamento de determinada porcentagem a ela, o que consiste em indício de sua participação na empreitada criminosa. 4. O Estado não deve quedar-se inerte ao ter conhecimento da prática de outros delitos no curso de interceptação telefônica legalmente autorizada. 5. (...) 6. Writ denegado.”¹⁵⁴

Desse modo, ficou demonstrada a aplicação do princípio da proporcionalidade a favor da sociedade, porque a interceptação telefônica foi admitida em desfavor da paciente, já que era a única forma de esclarecer o fato delituoso e de identificar todos os integrantes que estavam participando das irregularidades.

O Superior Tribunal de Justiça, no RMS 33677/SP, reconheceu que “as comunicações telefônicas do investigado legalmente interceptadas podem ser utilizadas para formação de prova em desfavor do outro interlocutor, ainda que este seja advogado do investigado”.¹⁵⁵

¹⁵³ BRASIL. STF. *HC 105527/DF*, Relatora: Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 29/03/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 12-05-2011 PUBLIC 13-05-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1158841>>. Acesso em: 18/07/2015.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ BRASIL. STJ. *RMS 33.677/SP*, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 27/05/2014, DJe 03/06/2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1325009&tipo=0&nreg=201100251358&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140603&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 16/07/2015.

No caso concreto, foi legalmente autorizada à interceptação telefônica de alguns investigados. No entanto, em uma dessas interceptações, foi gravada uma conversa telefônica entre um investigado e seu advogado. Logo, o recorrente (o advogado) sustentou que houve quebra de sigilo profissional e alegou que, para se admitir a interceptação de conversa entre advogado e cliente, é necessário que o advogado seja considerado anteriormente como autor de infração penal. Porém, ficou demonstrado que o advogado não estava sendo investigado.

No julgamento, a Relatora Laurita Vaz negou provimento ao recurso, alegando que o recorrente não era alvo da interceptação telefônica, mas interlocutor. Assim, defendeu que a autorização de interceptação abrange a participação de qualquer interlocutor do fato investigado e, por isso, admitiu a interceptação de conversa telefônica em desfavor de interlocutor não investigado. Segue a ementa do julgamento:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: VALIDADE, SE O RECORRENTE ERA O OUTRO INTERLOCUTOR DO DIÁLOGO GRAVADO NO TERMINAL EM QUE SE DECRETOU LEGALMENTE A QUEBRA DO SIGILO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO SIGILO PROFISSIONAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. A interceptação telefônica, por óbvio, abrange a participação de quaisquer dos interlocutores. Ilógico e irracional seria admitir que a prova colhida contra o interlocutor que recebeu ou originou chamadas para a linha legalmente interceptada é ilegal. Ora, "[a]o se pensar em interceptação de comunicação telefônica é de sua essência que o seja em face de dois interlocutores". [...] A autorização de interceptação, portanto [...], abrange a participação de qualquer interlocutor no fato que está sendo apurado e não apenas aquela que justificou a providência." (GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica: Considerações sobre a Lei 9.296 de 24 de julho de 1996 - São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 20/21).

2. Não é porque o Advogado defendia os investigados que sua comunicação com eles foi interceptada, mas tão somente porque era um dos interlocutores. Não há, assim, nenhuma violação ao sigilo profissional.

3. Recurso desprovido.”¹⁵⁶

Além disso, a Relatora concluiu seu voto com os seguintes dizeres: “Não ocorre, portanto, ilegalidade das interceptações telefônicas que, pelo contexto delineado nos autos, mostraram ser necessárias e imprescindíveis para revelar o *modus operandi* da organização criminosa investigada.”¹⁵⁷

¹⁵⁶ BRASIL. STJ. RMS 33.677/SP, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 27/05/2014, DJe 03/06/2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1325009&tipo=0&nreg=201100251358&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140603&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 16/07/2015.

¹⁵⁷ Ibidem.

Portanto, ficou evidenciada a aplicação do princípio da proporcionalidade na admissibilidade da prova ilícita *pro societate*, tendo em vista que foi admitida a interceptação telefônica como meio de prova em desfavor de interlocutor não investigado, pois prevaleceu o interesse da sociedade em esclarecer o modo pelo qual a organização criminosa desenvolvia suas atividades.

2.5 A teoria dos frutos da árvore envenenada no Direito Norte-americano

A teoria dos frutos da árvore envenenada foi criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos a partir do caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States* (1920). Nesse caso, “houve uma apreensão ilegal de documentos de uma empresa, o juiz determinou sua devolução, os agentes da investigação tiraram cópias dos materiais, os devolveram, e posteriormente utilizaram as cópias em outro procedimento de investigação.”¹⁵⁸

No julgamento, a Suprema Corte reconheceu a inadmissibilidade desses documentos no novo procedimento, tendo em vista que proibiu “a utilização do fruto da apreensão ilegal em outra investigação”¹⁵⁹. Assim, a partir desse precedente, a teoria dos frutos da árvore envenenada foi sendo consolidada ao longo do tempo.

Ávila explica que o pressuposto dessa teoria é “a relação direta de causa e efeito entre a prova ilícita e as que dela derivam imediatamente.”¹⁶⁰

“A prova ilícita é uma árvore que se contaminou com uma mancha (vício); portanto, todas as demais provas que derivem dessa árvore envenenada, ainda que em si mesmas obtidas de forma lícita, também estariam contaminadas com a ilicitude da prova da qual se originou.”¹⁶¹

Além de construir essa teoria, a Suprema Corte Americana também elaborou diversas exceções, que “são, na realidade, situações nas quais uma prova não deriva logicamente de outra prova ilícita, em uma relação direta e suficientemente forte”¹⁶².

A primeira exceção é a teoria da fonte independente. Com base nessa teoria, “se há duas fontes, sendo uma dessas ilícita e outra válida, não se contamina a prova derivada, pois havia uma outra fonte independente e válida a sustentar sua produção”.¹⁶³ Um exemplo de aplicação dessa teoria ocorreu em *Murray v. United States* (1988):

¹⁵⁸ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 136.

¹⁵⁹ Ibidem, 136.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 153.

¹⁶¹ Ibidem, p. 102.

¹⁶² Ibidem, p. 153.

¹⁶³ Ibidem, p. 153.

“Nesse caso, os policiais haviam percebido uma atividade suspeita de tráfico de drogas numa residência, entraram ilegalmente na casa e confirmaram a suspeita; posteriormente requereram um mandado judicial de busca e apreensão e, de posse do mandado, entraram novamente na residência e apreenderam drogas.” “A Corte entendeu que a prova era válida, pois ainda que os policiais não houvessem realizado a primeira violação, de qualquer forma seria obtido o mandado a justificar a segunda entrada legal, com base apenas nos indícios iniciais.”¹⁶⁴

A segunda é a teoria do nexa causal atenuado, também chamada de exceção da mancha diluída ou vício diluído. De acordo com essa teoria, “quando uma prova deriva de outra prova ilícita, mas em circunstâncias tais que o vício pode considerar-se diluído, não se aplica a teoria dos frutos da árvore envenenada”.¹⁶⁵ Logo, “quanto mais tempo tenha transcorrido entre a ilegalidade primeira e a obtenção das provas derivadas, é mais provável que os Tribunais julguem o vício diluído.”¹⁶⁶

Assim, “se outros fatos relevantes tenham ocorrido entre o vício inicial e a prova derivada, quebrando ou atenuando a cadeia lógica entre ambos, há maior probabilidade de consideração do vício diluído”¹⁶⁷, como foi decidido em *Wong Sun v. United States* (1963):

“Nesse caso, a polícia realizou uma busca e apreensão domiciliar sem autorização judicial, na qual apreendeu materiais, prendeu Toy como suspeito e realizou seu interrogatório, que lhe indicou que fora Yee quem lhe vendera a droga; de posse de um mandado judicial, a polícia realizou uma busca domiciliar na casa de Yee, localizando novas drogas; em seu interrogatório, Yee incriminou a Wong Sun; este último suspeito interrogado, sem as advertências de *Miranda*, foi liberado e posteriormente retornou à delegacia, voluntariamente, tendo recebido os *Miranda Warnings* e reiterado a confissão anterior”.¹⁶⁸

Nesse precedente, ficou demonstrado que a segunda confissão de Wong Sun foi considerada válida, porque, apesar de ser uma prova derivada da violação dos direitos de Toy (primeiro acusado a ser preso ilegalmente), esse vício inicial se dissipou até chegar a Wong Sun, o último acusado.¹⁶⁹

A terceira é a exceção da descoberta inevitável. “Essa teoria entende que, caso a prova derivada de uma prova ilícita certamente seria legalmente obtida de qualquer forma, então essa não se contamina da ilicitude da primeira.”¹⁷⁰

Essa teoria foi admitida na Corte em *Nix v. Williams* (1984). Nesse caso, o acusado havia matado uma criança e escondido o corpo. Durante a busca, o acusado realizou uma

¹⁶⁴ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 154.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 155.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 155.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 155.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 156.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 156.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 157.

confissão, obtida ilegalmente, na qual explicou o local onde se encontrava o corpo. A Corte Suprema reconheceu que a confissão era uma prova ilícita, mas que a apreensão do corpo era válida, porque sua descoberta seria inevitável.¹⁷¹

Desse modo, a teoria dos frutos da árvore envenenada foi criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Por essa teoria, são inadmissíveis as provas que derivam imediatamente da prova ilícita originária. Porém, existem três situações em que é possível deixar de aplicar essa teoria: fonte independente, mancha diluída e descoberta inevitável.

2.6 As provas ilícitas por derivação no Código de Processo Penal – críticas à atual redação do art. 157 do CPP introduzida pela lei 11.690/2008

A teoria dos frutos da árvore envenenada possui sua origem atribuída à jurisprudência norte-americana e passou a integrar a ordem processual brasileira de modo mais expreso a partir da Lei 11.690/2008.¹⁷² Assim, “a Lei 11.690/2008 pretendeu disciplinar, no plano infraconstitucional, a matéria das provas ilícitas, antes restrita à previsão do art. 5º, LVI da Constituição Federal.”¹⁷³

Essa Lei alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal (CPP) e deu nova redação ao artigo 157:

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

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

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

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.¹⁷⁴

Entende-se, por meio da teoria dos frutos da árvore envenenada, que “o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente

¹⁷¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 157/158.

¹⁷² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878 todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 363.

¹⁷³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As Reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 262.

¹⁷⁴ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25/05/2015.

contaminando-os com a mesma intensidade.”¹⁷⁵ Portanto, “devem ser desentranhados o ato originariamente viciado e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente ilícita é a prova que dele se obteve”.¹⁷⁶

A disposição contida no §1º do art. 157 do CPP, baseada nessa teoria norte-americana, cuidou da chamada prova ilícita derivada, ou seja, do problema da extensão dos efeitos da ilicitude da prova¹⁷⁷.

“Trata-se aqui de verificar se, reconhecida a violação de uma regra do ordenamento para a obtenção da prova, deve ser excluída somente a prova assim conseguida, ou, por derivação, devem também ser afastadas eventuais outras provas cuja descoberta somente foi possível a partir daquela inicialmente viciada”¹⁷⁸.

O legislador, ao tratar sobre o tema das provas ilícitas derivadas, reconheceu expressamente a inadmissibilidade processual das provas derivadas da ilicitude inicial, com a ressalva de duas situações: “quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras”¹⁷⁹ e “quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.¹⁸⁰

Em relação à primeira situação, o texto legal foi redundante, uma vez que a prova derivada já pressupõe uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda. Logo, “se o vínculo de causalidade não estiver evidenciado, é intuitivo que não se trata de prova derivada”.¹⁸¹

Assim, de acordo Grinover, Fernandes e Gomes Filho, ao pretender regular essa teoria da ilicitude por derivação, a Lei 11.690/2008 “não trouxe soluções adequadas, além de ter incorrido em alguns equívocos que restringem o próprio alcance da previsão constitucional.”¹⁸²

Antonio Scarance Fernandes argumenta que o legislador, no art. 157, §§1º e 2º, do CPP, pretendeu incorporar as exceções da descoberta inevitável e da fonte independente do direito norte-americano ao direito brasileiro, “mas o fez de maneira infeliz, sendo necessária

¹⁷⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 585.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 586.

¹⁷⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As Reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 266.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 266.

¹⁷⁹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25/05/2015.

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 135.

¹⁸² Ibidem, p. 135.

uma interpretação cuidadosa de tais dispositivos, sob pena de se esvaziar a própria regra geral da inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas”.¹⁸³

Fernandes ainda explica que a primeira limitação consiste na exigência de nexo de causalidade entre a prova ilícita e a dela derivada. Afirma que “não se trata, na realidade, de uma limitação, mas de uma explicitação de que, sem aquele nexo, não há contaminação de uma prova por outra”.¹⁸⁴

Além desses problemas apontados, Eugênio Pacelli critica a reforma promovida pela Lei 11.690/2008 e demonstra que, no texto legislativo do art. 157, §2º, do CPP, ocorreu uma confusão entre as exceções da descoberta inevitável e da fonte independente. Percebe-se que esse artigo, ao pretender conceituar fonte independente, “trouxe a definição de outra hipótese de aproveitamento de prova, qual seja, a descoberta inevitável.”¹⁸⁵

Portanto, Pacelli conclui que “a atual redação do artigo 157, embora proveitosa, ao se referir expressamente a duas situações nas quais seria possível vislumbrar a não contaminação, não parece suficiente para resolver todas as questões teóricas e práticas envolvidas.”¹⁸⁶

Aury Lopes aponta os problemas da Lei 11.690/2008 ao tentar regular o tema das provas ilícitas por derivação:

“A inovação, que dará muita dor de cabeça para todos, é a pouco clara disposição acerca do nexo causal que define a contaminação e, ainda, a chamada teoria da fonte independente.” “Como regra, são disposições vagas e imprecisas que recorrem a aberturas perigosas”.¹⁸⁷

Maria Thereza Rocha também critica a opção do legislador ao regular a teoria da ilicitude por derivação: “a opção pelo tratamento legislativo de tema tão controverso e sujeito a variadas interpretações não parece ter sido a melhor, especialmente diante de certos equívocos e imprecisões do legislador.”¹⁸⁸

Desse modo, a reforma promovida pela Lei 11.690/2008 foi um passo positivo, pois introduziu, de forma mais expressa, a teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, ela acarretou muitos problemas ligados às

¹⁸³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 95.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 95.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878 todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 364.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 365/366.

¹⁸⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 590.

¹⁸⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As Reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 262.

terminologias empregadas pelo legislador, já que suas disposições são imprecisas e obscuras, o que dificulta o trabalho dos intérpretes na compreensão da norma jurídica.

3 A ESCUSA DA FONTE INDEPENDENTE

A teoria dos frutos da árvore envenenada, já anteriormente estudada no subtítulo 2.5 deste presente trabalho, foi criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Por essa teoria, são inadmissíveis as provas que derivam imediatamente da prova ilícita originária. Porém, existem três situações em que é possível deixar de aplicar essa teoria: fonte independente, mancha diluída e descoberta inevitável. Logo, ao longo deste título, abordaremos sobre a escusa da fonte independente.

3.1 Origem e conceito

O surgimento da teoria dos frutos da árvore envenenada remonta ao ano de 1920 no caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*. A partir desse caso, a jurisprudência norte-americana, preocupada com as distorções provocadas pela aplicação dessa teoria, atenuou o critério da contaminação das provas derivadas incorporando várias exceções a essa teoria, como a da fonte independente.¹⁸⁹

A teoria da fonte independente foi reconhecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Bynum v. U. S.* (1960):

“o acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião, foram tiradas suas impressões digitais, que comprovavam seu envolvimento com um roubo; a prova foi excluída porque *derivada* da prisão ilegal. Num segundo julgamento, a acusação trouxe, para comparação, outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do FBI. Assim, reconheceu-se a validade da prova, pois agora não havia conexão com a prisão arbitrária.”¹⁹⁰

Em *State v. O'Bremski* (1967), a polícia realizou uma busca ilegal no apartamento do réu e encontrou uma menina de 14 anos. O réu alegou que qualquer prova obtida como resultado da busca era ilegal e, portanto, deveria ser inadmissível. Posteriormente, a menina prestou depoimento. Porém, as suas declarações não foram reputadas ilegais, pois foram consideradas oriundas de uma fonte independente e anterior à busca ilegal, uma vez que os pais da menina já haviam noticiado o desaparecimento da menor e a polícia já tinha informações de que ela estava no interior do apartamento.¹⁹¹

¹⁸⁹ ZILLI, Marcos. “O pomar e as pragas”. *Boletim do IBCCRIM*, n. 188, julho 2008.

¹⁹⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As Reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 267.

¹⁹¹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *State v. O'Bremski* (1967). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/1967/38820-1.html>>. Acesso em: 19/07/2015.

Em *U. S. v. Bacall* (1971), os agentes aduaneiros, sem qualquer mandado judicial, adentraram ao depósito de um proprietário de uma empresa de importação de tecidos e apreenderam mercadorias ali encontradas. Com isso, os agentes passaram a fazer uma análise dos tecidos, de acordo com a composição real e a composição declarada à alfândega. Os agentes descobriram que o proprietário declarava nas notas fiscais aduaneiras uma composição diversa da composição real dos tecidos, o que comprovava a falsidade das notas fiscais.¹⁹²

Então, com base nos resultados dessa análise, o agente que havia supervisionado a apreensão ilegal das mercadorias contatou oficiais franceses para esclarecer o caso. Os oficiais franceses fizeram outra investigação e obtiveram acesso a documentos que comprovavam que as notas fiscais aduaneiras apresentadas pelo proprietário eram falsas e tinham o objetivo de sonegar os impostos devidos. Portanto, a atuação dos oficiais franceses foi considerada independente da conduta ilícita anterior e, portanto, reputada válida.¹⁹³

Com base na jurisprudência norte-americana, Maria Thereza Rocha explica que, na caracterização da fonte independente, “a prova derivada tem concretamente duas origens – uma ilícita e outra lícita -, de tal modo que, ainda que suprimida a fonte ilegal, o dado probatório trazido ao processo subsiste e, por isso, pode ser validamente utilizado.”¹⁹⁴

Antonio Scarance Fernandes também explica a exceção da fonte independente desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos:

“Seria admissível a prova derivada quando se originasse de outra fonte de investigação, não daquela ilícita.” “A sua aplicação pressupõe a existência de duas vias de busca da prova, uma lícita, outra ilícita, e ambas conduzem à mesma prova.”¹⁹⁵

Guilherme Nucci exemplifica tal exceção:

“A prova originária de fonte independente não se macula pela ilicitude existente em prova correlata. Imagine-se que, por escuta clandestina, logo ilegal, obtém-se a localização de um documento incriminador em relação ao indiciado. Ocorre que, uma testemunha, depondo regularmente, também indicou à polícia o lugar onde se encontrava o referido documento. Na verdade, se esse documento fosse apreendido unicamente pela informação surgida da escuta, seria prova ilícita por derivação e inadmissível no processo. Porém, tendo em vista que ele teve fonte independente, vale dizer,

¹⁹² ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *U. S. v. Bacall* (1971). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/443/1050/245763>>. Acesso em: 20/07/2015.

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As Reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 268.

¹⁹⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 95/96.

seria encontrado do mesmo modo, mesmo que a escuta não tivesse sido feita, pode ser acolhido como prova lícita.”¹⁹⁶

No entanto, a fonte independente não é propriamente uma exceção à regra de contaminação da prova derivada, pois, na verdade, o que ocorre é a ausência da própria relação de causalidade. Então, “não se dará a contaminação da prova derivada quando for possível estabelecer desconexão causal entre a prova que fundamenta a condenação e as obtidas ilicitamente”¹⁹⁷. Tal entendimento também é adotado pelo Tribunal Supremo Espanhol.

Eugênio Pacelli explica a ausência da relação de causalidade:

“A teoria da fonte independente baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita).” “Fonte de prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada.”¹⁹⁸

Por isso, a prova absolutamente independente não deve ser considerada como uma exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada, “e sim uma teoria coexistente, permitindo justamente a devida integração, partindo-se do pressuposto de que, não havendo vínculo entre as provas, não há de se falar em reflexos irradiando contaminação àquelas provas que não derivaram da ilícita.”¹⁹⁹

Assim, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues ensinam que, não existindo nexos de causalidade entre a prova ilícita e as demais, não ocorrerá a contaminação²⁰⁰:

“Se existirem provas outras no processo, independentes de uma determinada prova ilícita produzida, não há de se falar em contaminação, nem em aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, pois, em não havendo vinculação nem relação de dependência, a prova ilícita não terá o condão de contaminar as demais”²⁰¹.

Desse modo, quando não ficar demonstrado o nexo de causalidade, a prova será válida.²⁰² Logo, na hipótese de comprovação da fonte independente, a prova não ficará contaminada e poderá ser admitida e valorada no processo.

¹⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 339.

¹⁹⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As Reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 268.

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878 todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 364.

¹⁹⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 397.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 397.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 396/397.

²⁰² SAAD, Marta. “Lei 11.690/2008 e as provas ilícitas por derivação”. *Boletim do IBCCRIM*, n. 188, julho 2008.

3.2 Disciplina legal - Código de Processo Penal

O legislador, ao regular o tema da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, no art. 157, §1º, do Código de Processo Penal (CPP), excepcionou duas situações: “quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras”²⁰³ e “quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.²⁰⁴

Com relação à segunda situação, “mais grave parece ter sido o equívoco da lei ao consagrar a exceção da fonte independente”.²⁰⁵ Grinover, Fernandes e Gomes Filho alegam que o legislador se afastou do conceito original de fonte independente fixado pela jurisprudência norte-americana, que “supõe que o dado probatório possua efetivamente duas origens, uma ilícita e outra lícita, subsistindo como elemento de convicção válido, mesmo com a suspensão da fonte ilegal.”²⁰⁶

Além disso, apontam vários problemas gerados pela interpretação dada à exceção da fonte independente, prevista no art. 157 do CPP:

“Com efeito, já na parte final do §1º., ao empregar o verbo no condicional – ‘puderem ser obtidas’ –, a lei dá a entender que basta a simples *possibilidade* de que a prova viesse a ser obtida por meio lícito para afastar a sua contaminação pela ilegalidade inicial.” “Não bastasse isso, no §2º., o legislador estabeleceu um conceito normativo de *fonte independente* que subverte não só aquela ideia original, mas também coloca em risco a própria *finalidade* da vedação constitucional, que não é outra senão a de coibir atentados aos direitos individuais estabelecidos na Lei maior.” “Ao dizer que ‘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’, a disposição abre portas para que, sob esse fundamento, toda e qualquer prova derivada de outra ilícita venha a ser convalidada”.²⁰⁷

O legislador, ao estabelecer o conceito de fonte independente, no §2º do art. 157 do CPP, provocou uma confusão entre as exceções da descoberta inevitável e fonte independente previstas na jurisprudência norte-americana.²⁰⁸ Assim, Grinover, Fernandes e Gomes Filho concluem, a partir da redação desse dispositivo, que é possível inferir que “nem mesmo seria necessário que a prova derivada tivesse sido efetivamente conseguida de forma regular,

²⁰³BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25/05/2015.

²⁰⁴ Ibidem.

²⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 135.

²⁰⁶ Ibidem, p. 135.

²⁰⁷ Ibidem, p. 135.

²⁰⁸ Ibidem, p. 136.

bastando que houvesse uma mera possibilidade”²⁰⁹. Logo, esse dispositivo fere diretamente a garantia prevista no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal e, por isso, é inconstitucional.²¹⁰

Antonio Scarance Fernandes argumenta que o legislador, querendo definir o conceito de fonte independente no §2º, do artigo 157 do CPP, “utilizou uma fórmula excessivamente aberta e mais próxima da limitação da descoberta inevitável do direito norte-americano.”²¹¹

Ainda esclarece que o conceito normativo criado pelo legislador permite que o juiz admita a prova derivada da ilícita com base em um mero juízo de probabilidade: “Isso é perigoso, pois possibilita, em larga medida, a admissão de prova derivada, simplesmente porque seria atingida hipoteticamente por forma lícita de investigação, embora ela tenha sido realmente alcançada a partir de uma prova ilícita”²¹²

Portanto, Fernandes adverte que o conceito de fonte independente, previsto no §2º, do artigo 157 do CPP deve ser interpretado de forma restritiva, admitindo a prova derivada somente quando estiver comprovada a existência de duas vias de investigação, uma ilícita e outra lícita, “e, apesar de se atingir a prova derivada pela ilícita, seria alcançada a mesma prova pela investigação lícita.”²¹³

Marcos Zilli argumenta que a redação do art. 157, §2º do CPP não é clara, porque propõe um raciocínio hipotético. Então, a fonte seria denominada independente quando, por si só, fosse capaz de conduzir ao objeto da prova. Com isso, o legislador sugere uma avaliação do magistrado em relação às fontes geradoras da prova derivada.²¹⁴

Assim, caso fosse caracterizada alguma fonte independente que pudesse levar à obtenção daquele fato, independentemente da prova ilícita, a contaminação deixaria de existir. Por isso, defende que “a operação proposta é perigosa podendo levar a um alargamento da tolerância judicial das provas derivadas desvirtuando o sentido da teoria.”²¹⁵

Aury Lopes também critica a teoria da fonte independente criada pelo legislador:

“Como construção teórica, a tese da fonte independente (...) é bastante clara e lógica, mas revela-se perversa quando depende da casuística e da subjetividade do julgador, na medida em que recorre a conceitos vagos e

²⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 136.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 136.

²¹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 96.

²¹² *Ibidem*, p. 96.

²¹³ *Ibidem*, p. 96.

²¹⁴ ZILLI, Marcos. “O pomar e as pragas”. *Boletim do IBCCRIM*, n. 188, julho 2008.

²¹⁵ *Ibidem*.

imprecisos (como o é a própria discussão em torno do nexos causal) que geram um espaço impróprio para a discricionariedade judicial”²¹⁶.

Dessa forma, ficou demonstrado que o conceito normativo de fonte independente criado pelo legislador, no §2º do art. 157 do CPP, é aberto e genérico, o que gera inúmeras críticas por parte da doutrina. Portanto, incumbe à jurisprudência esclarecer tal conceito e aplicá-lo aos casos concretos.

3.3 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal anterior ao advento da Lei 11.690/2008

Gomes, Cunha e Batista explicam o propósito do legislador ao positivizar a teoria da fonte independente nos art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP:

“A intenção do legislador foi de incorporar, ao texto do Código, posicionamento solidificado na jurisprudência do STF, segundo o qual se a prova ilícita por derivação não é a única produzida nos autos, a condenação do agente deve ser mantida. Em outras palavras: se a condenação vem fundada em outros elementos de prova, totalmente desvinculados da prova ilícita original, não será esta, tomada isoladamente, que terá o condão de ensejar a absolvição do réu.”²¹⁷

Assim, mesmo antes do advento da Lei 11.690/2008, que disciplinou as provas ilícitas por derivação no plano infraconstitucional e deu nova redação ao art. 157 do Código de Processo Penal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já vinha adotando a teoria da fonte independente criada pela jurisprudência norte-americana, conforme se observa nos julgados analisados abaixo.

3.3.1 RHC 74807/MT (julgado em 22/04/1997)

No caso concreto, os recorrentes foram denunciados por sonegação fiscal, porque a Receita Federal, ao promover uma fiscalização na contabilidade da empresa dos investigados, constatou a emissão de notas fiscais de prestação de serviços (“notas frias”) com o objetivo de sonegar imposto de renda devido pela pessoa jurídica.

Porém, os recorrentes sustentam que a referida denúncia estava apoiada exclusivamente em prova ilícita, “consistente na quebra de sigilo bancário praticada por

²¹⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 617.

²¹⁷ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito: novo procedimento do júri (Lei 11.689/08), nova disciplina das provas (Lei 11.690/2008), novas regras procedimentais (Lei 11.719/2008), “Lei seca” – alterações penais no Código de Trânsito Brasileiro (Lei 11.705/2008)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 286.

agentes administrativos, sem autorização judicial”²¹⁸, pois, após a fiscalização, os agentes fazendários não solicitaram aos bancos a movimentação financeira dos investigados.

No julgamento, o Relator Maurício Corrêa alegou que a denúncia não estava unicamente apoiada em prova ilícita (violação de sigilo bancário), conforme se verifica na ementa:

“RECURSO DE HABEAS CORPUS. CRIMES SOCIETÁRIOS. SONEGAÇÃO FISCAL. PROVA ILÍCITA: VIOLAÇÃO DE SIGILO BANCÁRIO. COEXISTÊNCIA DE PROVA LÍCITA E AUTÔNOMA. INÉPCIA DA DENÚNCIA: AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO. 1. A prova ilícita, caracterizada pela violação de sigilo bancário sem autorização judicial, não sendo a única mencionada na denúncia, não compromete a validade das demais provas que, por ela não contaminadas e delas não decorrentes, integram o conjunto probatório. 2. (...) 3. Não estando a denúncia respaldada exclusivamente em provas obtidas por meios ilícitos, que devem ser desentranhadas dos autos, não há porque declarar-se a sua inépcia porquanto remanesce prova lícita e autônoma, não contaminada pelo vício de inconstitucionalidade.”²¹⁹

Portanto, o Relator entendeu que “remanesce sem qualquer contaminação pela prova viciada a diligência efetuada pelos agentes do Fisco na empresa”²²⁰, por se tratar de prova autônoma e lícita. Logo, negou provimento ao recurso.

3.3.2 HC 75497/SP (julgado em 14/10/1997)

A polícia, a partir de informações recebidas, tomou conhecimento de que o paciente realizava tráfico de cocaína. Como resultado das investigações, o paciente foi denunciado por tráfico de entorpecentes. Entretanto, o impetrante pediu a anulação do procedimento penal, argumentando que o auto de prisão em flagrante se baseou unicamente em prova ilícita, baseada na utilização de escuta telefônica, em ofensa ao art. 5º, XII, da Constituição Federal.

No julgamento, o Relator Maurício Corrêa reconheceu que uma parcela da prova foi obtida por meio de ilícitas interceptações de comunicação telefônica, mas argumentou que “a prova não reside exclusivamente na escuta telefônica, mas também em prova autônoma”²²¹, como a oitiva das testemunhas e o depoimento dos réus. Segue a ementa do julgado:

²¹⁸ BRASIL. STF. *RHC 74807/MT*, Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 22/04/1997, DJ 20-06-1997 PP-28507 EMENT VOL-01874-04 PP-00663. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102588>>. Acesso em 23/07/2015.

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ Ibidem.

²²¹ BRASIL. STF. *HC 75497/SP*, Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 14/10/1997, DJ 09-05-2003 PP-00068 EMENT VOL-02109-03 PP-00433. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76040>>. Acesso em 23/07/2015.

"HABEAS CORPUS". TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA. CORRUPÇÃO ATIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DOSAGEM DA PENA: IMPROCEDÊNCIA. 1. A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito. 2. (...) 3. Sem que possa colher-se dos elementos do processo a resultante consequência de que toda a prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal.²²²

Assim sendo, por maioria dos votos, a turma indeferiu o pedido de *Habeas Corpus*, sob a justificativa de que, além da prova ilícita, existiam outras provas obtidas pelos meios legais e autônomos aptas a justificar a condenação do paciente.

3.3.3 HC 84679/MS (julgado em 09/11/2004)

O mandado de busca e apreensão exigia o acompanhamento de duas testemunhas estranhas ao quadro da polícia. Contudo, dois agentes da própria polícia acompanharam o mandado, o que comprova que o auto de apreensão foi realizado em descumprimento à ordem judicial.

Com isso, o impetrante alegou que “a ilicitude da prova contaminou a produção das demais. Todo o processo estava contaminado, porque todo ele derivado, em matéria de prova, daquele auto de apreensão tido como prova ilícita.”²²³

No julgamento, o Ministro Eros Grau iniciou uma dissidência, indagando se havia prova autônoma independente da busca e apreensão ilegal. Segue trecho da ementa do acórdão:

“HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. BUSCA E APREENSÃO REALIZADA EM DESACORDO COM A DETERMINAÇÃO JUDICIAL. EXISTÊNCIA DE PROVA AUTÔNOMA. Evidenciada a existência de prova autônoma, descabe a pretensão de anular a decisão de recebimento da denúncia, sob a alegação ter sido o mandado de busca e apreensão cumprido em desacordo com a determinação judicial de que os policiais se fizessem acompanhar de duas testemunhas. (...)”²²⁴

²²² BRASIL. STF. HC 75497/SP, Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 14/10/1997, DJ 09-05-2003 PP-00068 EMENT VOL-02109-03 PP-00433. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76040>>. Acesso em 23/07/2015.

²²³ BRASIL. STF. HC 84679/MS, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 09/11/2004, DJ 12-08-2005 PP-00011 EMENT VOL-02200-01 PP-00106. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358022>>. Acesso em: 23/07/2015.

²²⁴ Ibidem.

Dessa forma, por maioria dos votos, a turma indeferiu o pedido de *Habeas Corpus*, sob o fundamento de que havia autonomia de outras provas em relação à busca e apreensão realizada em desacordo com a determinação judicial.

3.3.4 RHC 85286/SP (julgado em 29/11/2005)

O recorrente sustentou que a sentença condenatória proferida contra si deveria ser anulada, porque estava fundada em prova ilícita (busca e apreensão não autorizada em sua residência). Todavia, no julgamento, o Relator Joaquim Barbosa argumentou “que a condenação do recorrente se deu com amparo em amplo conjunto probatório, não tendo ficado adstrita aos objetos apreendidos na residência dele”²²⁵. Segue parte da ementa do acórdão:

“HABEAS CORPUS. NULIDADE. BUSCA E APREENSÃO NÃO AUTORIZADA. PROVA ILÍCITA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. Os vícios existentes no inquérito policial não repercutem na ação penal, que tem instrução probatória própria. Decisão fundada em outras provas constantes dos autos, e não somente na prova que se alega obtida por meio ilícito. (...) Recurso em habeas corpus a que se nega provimento.”²²⁶

Portanto, o Relator concluiu que a condenação do recorrente não se fundou unicamente na prova ilícita. Existiam várias outras provas independentes da ilícita, aptas a provar a prática de crime cometido pelo recorrente. Diante disso, negou provimento ao recurso.

3.3.5 HC 93050/RJ (julgado em 10/06/2008)

No caso analisado, agentes fazendários e policiais federais apreenderam livros contábeis e documentos fiscais no escritório de contabilidade do paciente, sem mandado judicial. Assim, o paciente alegou que toda a documentação que fundamentou a ação penal foi obtida por meio de busca e apreensão ilegal.

Em seu voto, o Relator Celso de Mello alegou que a prova resultante da busca e apreensão irregular é inadmissível, já que foi obtida por meio de violação à garantia da inviolabilidade domiciliar.

²²⁵ BRASIL. STF. *RHC 85286/SP*, Relator: Ministro JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 24-03-2006 PP-00055 EMENT VOL-02226-02 PP-00222 REVJMG v. 56, n. 175, 2005, p. 479-482. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382941>>. Acesso em: 22/07/2015.

²²⁶ *Ibidem*.

Afirmou ainda que o vício decorrente da prova colhida mediante violação à garantia da inviolabilidade domiciliar incide sobre as demais provas, ainda que produzidas em momento posterior, de maneira aparentemente legítima, pois estão contaminadas pelo vício da ilicitude originária, não havendo a possibilidade de se cogitar da existência de fonte autônoma.

Assim, ao longo desse julgamento, o Relator desenvolveu o conceito de fonte independente. Explicou que a fonte independente é uma fonte autônoma de prova, que não guarda relação de dependência nem decorre da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal. Portanto, os dados probatórios produzidos por meio dessa fonte autônoma são admissíveis, pois não estão contaminados pela ilicitude originária.

Por isso, o Relator reconheceu, na jurisprudência do STF, a existência da denominada teoria da fonte independente:

“Não se desconhece, como previamente salientado, que, tratando-se de elementos probatórios absolutamente desvinculados da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo qualquer relação de dependência, revelando-se, ao contrário, impregnados de plena autonomia, não se aplica, quanto a eles, a doutrina da ilicitude por derivação, por se cuidar, na espécie, de evidência fundada em uma fonte autônoma de conhecimento (*an independent source*)”²²⁷.

No entanto, verificou no caso concreto que tal teoria não ficou demonstrada:

“Ocorre, no entanto, como anteriormente referido (e enfatizado), que os novos elementos de prova produzidos na causa penal não possuem autonomia em face da prova originariamente comprometida pelo vício da inconstitucionalidade. É que tais novos meios de prova guardam direta, estreita e imediata vinculação causal com os elementos de informação que somente foram obtidos em virtude do desrespeito ao princípio que protege a inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI)”²²⁸.

Desse modo, entendeu aplicável a teoria da ilicitude por derivação ao caso analisado, já que não ficou demonstrada a existência de uma fonte autônoma de prova. Assim, deferiu o pedido de *Habeas Corpus*, para invalidar, desde a denúncia, o processo penal instaurado contra o paciente, por respeito ao dispositivo constitucional que veda a utilização das provas ilícitas (art. 5º, LVI, CF).

²²⁷ BRASIL. STF. *HC 93050/RJ*, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00700. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539135>> Acesso em: 22/07/2015.

²²⁸Ibidem.

3.4 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posterior à Lei 11.690/2008

A Lei 11.690/2008, que positivou a teoria da fonte independente nos art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, não modificou o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de não aplicação da teoria ilicitude por derivação, quando comprovada a existência da fonte independente.

Assim, ao longo deste subtítulo, serão analisados diversos precedentes posteriores à Lei 11.690/2008, que demonstram que, mesmo após a edição dessa lei, o STF continuou aplicando entendimento já anteriormente consolidado acerca da teoria da fonte independente.

3.4.1 HC 101584/SP (julgado em 05/04/2011)

O impetrante afirmou que não havia autorização judicial para interceptação telefônica em prol do telefone celular do paciente. Assim, argumentou que tal fato contaminou toda a instrução processual, inclusive a prisão do paciente, porque a acusação baseou-se em prova ilícita e, portanto, inadmissível em processo penal.

Entretanto, o Relator Dias Toffoli entendeu que as provas produzidas não se restringiram às evidências colhidas por meio da interceptação telefônica, pois o paciente havia sido surpreendido de posse de relevante quantidade de entorpecentes, o que legitimou a persecução penal contra ele instaurada para apuração do crime de tráfico de drogas.

Ademais, sustentou a existência de fonte autônoma de prova, como se observa no trecho da ementa do julgamento:

“Demonstrado que o órgão da persecução penal obteve legitimamente novos elementos de informação a partir de fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra de prova originariamente ilícita, com essa não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula de eventual ilicitude originária. Conjunto probatório que, ademais, não se resume às evidências colhidas ao longo da interceptação telefônica. Ordem denegada.”²²⁹

Portanto, a ordem de *Habeas Corpus* foi denegada, com fundamento na existência de dados probatórios obtidos a partir de fonte autônoma de prova que, por não manter vinculação causal com a prova originariamente ilícita, não se contaminam e são plenamente admissíveis no processo.

²²⁹ BRASIL. STF. HC 101584/SP, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 05/04/2011, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00098. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622706>>. Acesso em: 05/08/2015.

3.4.2 HC 107948 AgR/MG (julgado em 17/04/2012)

O agravante foi denunciado por tráfico de drogas e associação para o tráfico. Entretanto, o impetrante sustentou que a denúncia estava baseada somente em diálogos degravados de interceptação telefônica nula, que não demonstravam o envolvimento do paciente com o tráfico de entorpecentes. Ademais, alegou que as gravações em vídeo realizadas durante o inquérito não teriam sido autorizadas pela autoridade judicial, sendo inaptas para comprovar a participação do paciente/agravante no crime.

O Relator Luiz Fux argumentou que a alegação de que as provas produzidas estariam eivadas de nulidade não pode servir de fundamento para a rejeição da denúncia, pois existiam diversos outros elementos nos autos que comprovavam as supostas práticas delitivas e não somente as interceptações telefônicas. Segue trecho da ementa do julgamento:

“B) Ademais, eventual nulidade das interceptações telefônicas não tem o condão de contaminar todo o conjunto probatório, quando há outras provas independentes ou não se evidencia a existência de nexos de causalidade entre umas e outras; C) Deveras, o tribunal de origem, além de refutar a pretensão do impetrante, esclareceu quanto à existência de outras provas autônomas, igualmente suficientes para embasar o início da persecução criminal. 3. Agravo regimental desprovido.”²³⁰

Dessa forma, o Relator argumentou que a imputação descrita na denúncia encontra respaldo quando se observa todo o conjunto probatório, diante da existência de outras provas independentes, suficientes para fundamentar a ação penal. Por isso, negou provimento ao agravo regimental.

3.4.3.RHC 117964/RJ (julgado em 10/09/2013)

No caso concreto, o inquérito estava contaminado por prova ilícita, já que as declarações prestadas na fase inquisitorial pelos denunciados foram colhidas sem a observância das normas constitucionais que asseguram o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação. Assim, os recorrentes requereram a anulação da decisão de recebimento da denúncia, porque esta estava comprometida pela ilicitude.

No entanto, o Relator Dias Toffoli alegou que, embora os depoimentos prestados no inquérito estejam contaminados pela ilicitude, existiam outras provas capazes de comprovar as acusações formalizadas na denúncia, como se observa na ementa:

²³⁰ BRASIL. STF. HC 107948 AgR/MG, Relator: Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 17/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 11-05-2012 PUBLIC 14-05-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1989048>>. Acesso em: 01/08/2015.

“Recurso ordinário em habeas corpus. Processual Penal Militar. Peculato-furto (CPM, art. 303, § 2º). Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa em face da existência, no embasamento da denúncia, de provas reconhecidas como ilícitas. Não ocorrência. Presença de outras provas autônomas suficientes ao embasamento da acusação. (...) 1. Conforme destacado no julgado em questão “a ação penal está instruída por outras provas e não somente pelos depoimentos dos pacientes, supostamente considerados ilícitos”. (...) 3. Recurso não provido.”²³¹

Assim sendo, o Relator negou provimento ao recurso, uma vez que ficou demonstrada a existência de outras provas autônomas suficientes para servir de base à denúncia.

3.4.4. RHC 121093/ES (julgado em 20/05/2014)

Com as investigações, especialmente as interceptações telefônicas, descobriu-se que os recorrentes se associaram com outras pessoas para falsificarem documentos e cartões que seriam vendidos a ciganos para a obtenção de indevidos benefícios assistenciais junto ao INSS. Contudo, os recorrentes sustentaram “a ilicitude das provas derivadas de interceptações ilegais, bem como a inexistência de elementos probatórios idôneos para a persecução penal e condenação.”²³²

O Relator Ricardo Lewandowski sustentou que o magistrado processante admitiu a ilegalidade da interceptação de uma das conversas telefônicas. Porém, esclareceu que tal vício não contaminou as outras provas colhidas, já que a investigação estava embasada em diversos outros elementos probatórios, como a prova testemunhal e documental.

Assim sendo, negou-se provimento ao recurso, tendo em vista que existiam diversas outras provas, independentes da interceptação telefônica ilegal, aptas a embasar a persecução penal e a condenação.

3.4.5 HC 116931/RJ (julgado em 03/03/2015)

O paciente foi denunciado pela prática do crime de apropriação indébita previdenciária e de alguns delitos tributários. Contudo, os impetrantes alegam que a denúncia foi baseada exclusivamente nas provas consideradas ilícitas pelo STJ, porque foram obtidas por meio da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial.

²³¹ BRASIL. STF. *RHC 117964/RJ*, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 10-10-2013 PUBLIC 11-10-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4653447>>. Acesso em: 30/07/2015.

²³² BRASIL. STF. *RHC 121093/ES*, Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 05-06-2014 PUBLIC 06-06-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6044901>>. Acesso em: 05/08/2015.

Em seu voto, o Relator Teori Zavascki afirmou que, apesar do STJ ter reconhecido a ilegalidade dessas provas, apontou outros elementos de prova que demonstravam a autoria e materialidade do crime, como o depoimento de testemunhas arroladas na petição inicial.

Além disso, alegou que somente parte da investigação foi obtida por meio de dados bancários encaminhados ilegalmente à Receita Federal, já que as demais provas foram colhidas “a partir de atividades fiscalizatórias regulares dos agentes da Receita Federal, e não por intermédio da quebra de sigilo bancário considerada ilegal pelo STJ”²³³. Logo, argumentou que o juiz natural da ação penal analisou todo o conjunto probatório e concluiu pela existência de elementos probatórios autônomos capazes de embasar a sentença condenatória, conforme se verifica na ementa:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTINÇÃO PREMATURA DA AÇÃO PENAL. ACUSAÇÃO BASEADA EM PROVAS RECONHECIDAS COMO ILÍCITAS PELO STJ. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVAS IDÔNEOS PARA EMBASAR A DENÚNCIA. (...) 2. Evidenciada, pela instância ordinária, a ausência de nexo de causalidade, não há falar que a prova declarada ilícita contaminou o suporte probatório embasador da sentença condenatória (CPP, art. 157, § 1º). (...) 3. Ordem denegada.”²³⁴

O Ministro Celso de Mello, ao proferir seu voto, esclareceu que, no caso analisado, ficou demonstrada a existência de fonte autônoma de prova, o que tornou possível a aplicação do §2º do art. 157 do CPP, que disciplina a chamada fonte independente.

Portanto, a Turma, por unanimidade, denegou a ordem de *Habeas Corpus*, nos termos do voto do Relator, sob o fundamento de que as provas obtidas por meio da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial não contaminaram todo o conjunto probatório, pois existiam outros elementos probatórios idôneos e autônomos, aptos a justificar a condenação.

²³³ BRASIL. STF. *HC 116931/RJ*, Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 03/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8398188>>. Acesso em: 29/07/2015.

²³⁴ *Ibidem*.

CONCLUSÃO

Com a influência da jurisprudência norte-americana, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desempenhou papel importante na consolidação da teoria da fonte independente no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Paulo Nader, a jurisprudência é fonte indireta, “que influencia na formação das leis, por seu conteúdo doutrinário”²³⁵. Segundo Vicente Ráo, “embora, subsidiariamente, a jurisprudência não deixa de participar no fenômeno da produção do direito normativo”²³⁶.

Assim, por meio da análise dos casos concretos, os magistrados foram proferindo decisões acerca da não aplicação da teoria da ilicitude por derivação, quando evidenciada a existência da fonte independente. Com isso, os magistrados forneceram subsídios para que o legislador pudesse positivar um entendimento já consolidado pela jurisprudência brasileira sobre a possibilidade de aplicação da teoria da fonte independente.

Apesar das críticas presentes na doutrina acerca do conceito normativo de fonte independente criado pelo legislador no §2º do art. 157 do CPP, com o advento da Lei 11.690/2008, tal disposição legal não alterou o entendimento vigente no STF, segundo o qual os elementos probatórios obtidos a partir de fonte autônoma de prova, por estarem absolutamente desvinculados da prova originariamente ilícita, não se aplicam quanto a eles a teoria da ilicitude por derivação, por estar demonstrada a existência da denominada fonte independente.

Portanto, a Lei 11.690/2008, ao criar o conceito normativo de fonte independente, previsto no §2º do art. 157 do CPP, não modificou o entendimento já consolidado e aplicado pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, a Lei apenas pretendeu regular de forma geral e abstrata um tema já solidificado pela jurisprudência brasileira e, por isso, teve dificuldade na sua regulamentação, já que a teoria da fonte independente possui um caráter casuístico e concreto.

²³⁵ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 178.

²³⁶ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1999. p 272.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25/05/2015.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25/05/2015.

BRASIL. STF. *AI 602724 AgR-segundo*, Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 21-08-2013 PUBLIC 22-08-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4366791>>. Acesso em 15/07/2015.

BRASIL. STF. *HC 101584/SP*, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 05/04/2011, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00098. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622706>>. Acesso em: 05/08/2015.

BRASIL. STF. *HC 105527/DF*, Relatora: Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 29/03/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 12-05-2011 PUBLIC 13-05-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1158841>>. Acesso em: 18/07/2015.

BRASIL. STF. *HC 107948 AgR/MG*, Relator: Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 17/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 11-05-2012 PUBLIC 14-05-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1989048>>. Acesso em: 01/08/2015.

BRASIL. STF. *HC 116931/RJ*, Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 03/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8398188>>. Acesso em: 29/07/2015.

BRASIL. STF. *HC 75497/SP*, Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 14/10/1997, DJ 09-05-2003 PP-00068 EMENT VOL-02109-03 PP-00433. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76040>>. Acesso em 23/07/2015.

BRASIL. STF. *HC 84679/MS*, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 09/11/2004, DJ 12-08-2005 PP-00011 EMENT VOL-02200-01 PP-00106. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358022>>. Acesso em: 23/07/2015.

BRASIL. STF. *HC 93050/RJ*, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00700. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539135>> Acesso em: 22/07/2015.

BRASIL. STF. *RE 583937 QO-RG*, Relator: Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01741 RTJ VOL-00220- PP-00589 RJSP v. 58, n. 393, 2010, p. 181-194. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607025>>. Acesso em: 15/07/2015.

BRASIL. STF. *RHC 117964/RJ*, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 10-10-2013 PUBLIC 11-10-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4653447>>. Acesso em: 30/07/2015.

BRASIL. STF. *RHC 121093/ES*, Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 05-06-2014 PUBLIC 06-06-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6044901>>. Acesso em: 05/08/2015.

BRASIL. STF. *RHC 74807/MT*, Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 22/04/1997, DJ 20-06-1997 PP-28507 EMENT VOL-01874-04 PP-00663. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102588>>. Acesso em 23/07/2015.

BRASIL. STF. *RHC 85286/SP*, Relator: Ministro JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 24-03-2006 PP-00055 EMENT VOL-02226-02 PP-00222 REVJMG v. 56, n. 175, 2005, p. 479-482. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382941>>. Acesso em: 22/07/2015.

BRASIL. STJ. *RHC 34.733/MG*, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 12/08/2014, DJe 19/08/2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1337545&tipo=0&nreg=201202582060&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140819&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 15/07/2015.

BRASIL. STJ. *RMS 33.677/SP*, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 27/05/2014, DJe 03/06/2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1325009&tipo=0&nreg=201100251358&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140603&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 16/07/2015.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *State v. O'Bremski* (1967). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/1967/38820-1.html>>. Acesso em: 19/07/2015.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *U. S. v. Bacall* (1971). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/443/1050/245763>>. Acesso em: 20/07/2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2008.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As Reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878 todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1999.

SAAD, Marta. “Lei 11.690/2008 e as provas ilícitas por derivação”. *Boletim do IBCCRIM*, n. 188, julho 2008.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

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

ZILLI, Marcos. “O pomar e as pragas”. *Boletim do IBCCRIM*, n. 188, julho 2008.