

PROVAS ILÍCITAS

Letícia de Assis Fonseca

Estudante do 10º semestre da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – UnB,

contato: lets15@hotmail.com.

RESUMO

Este estudo busca analisar as provas ilícitas em seus mais relevantes aspectos, ressaltando-se o tratamento constitucional, legal e jurisprudencial a respeito da possibilidade de admissão dessas provas e de suas derivadas no caso concreto, ponderadas pelo Princípio da Proporcionalidade e utilizadas sob a perspectiva *pro reo*, além de analisar, em detalhes, o veto dado ao § 4º do art. 157 do Código de Processo Penal brasileiro¹, que previa o afastamento imediato do juiz que tivesse entrado em contato com prova considerada ilícita, a fim de evitar a contaminação de seu julgamento.

PALAVRAS-CHAVE: Provas Ilícitas. Princípio da Proporcionalidade. Provas Ilícitas por Derivação. Veto ao § 4º do art. 157 do Código de Processo Penal.

¹ BRASIL, **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado, 1941.

ABSTRACT

This article tries to analyze the illicit proof in its most relevant aspects, emphasizing the constitutional, legal and case law treatment, regarding the possibility of admission of these proofs and their derivatives in each case, weighted by the Principle of Proportionality and used under the perspective *pro reo*, moreover, the article analyzes, in details, the veto of § 4th of art. 157 of the Brazilian Criminal Procedures Code, which determined the immediate withdrawal of the judge who had come into contact with illicit proof, in order to avoid contamination of his judging.

KEYWORDS: Illicit Proofs. Principle of Proportionality. Illicit Proofs by Derivation. Veto of § 4th of art. 157 of the Brazilian Criminal Procedures Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
2 DIREITO À PROVA.....	4
3 OS LIMITES AO DIREITO À PROVA.....	5
4 PROVAS ILÍCITAS.....	7
5 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO	11
CONCLUSÃO.....	19
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	20

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo o estudo das provas ilícitas no processo brasileiro, dando enfoque prioritário à questão da admissibilidade de tais provas e das que dela derivam, direta ou indiretamente.

Inseridas dentro do debate sobre o direito à prova, as provas obtidas por meio ilícito serão a principal questão tratada, posto que relacionadas com o vínculo existente entre a instrução probatória, a busca da verdade real e o objetivo primordial da tutela jurisdicional – realizar justiça para as partes.

O art. 5º, LVI, da Constituição Federal² veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, compreendidos como os meios que violam normas do ordenamento jurídico brasileiro. Assim é porque a própria Carta Magna consagrou como direitos fundamentais do cidadão outras garantias como a inviolabilidade das mais variadas formas de comunicação, da intimidade, da privacidade, de seu domicílio.

É sabido que as provas judiciárias visam a reconstruir os fatos investigados, a fim de que o julgador possa aproximar-se de uma verdade judicial que, apesar de relativa, possa dar base à fundamentação da decisão final.

E é nesse contexto da busca pela verdade histórica dos fatos investigados que se fomenta o debate sobre a (in)admissibilidade das provas ilícitas, pois, em um primeiro momento, parece justo que o julgador se utilize de todas as evidências a seu alcance para a reconstrução dos fatos passados. Porém, sendo a Constituição verdadeira guardadora das liberdades públicas, percebe-se que essa busca pela verdade real encontra limitações legais e constitucionais, e não pode ser perseguida a todo custo, principalmente se o preço for o sacrifício de direitos fundamentais.

O objeto do presente trabalho é destacar as principais questões envolvendo a possibilidade de admissibilidade de provas obtidas ilicitamente e das que delas derivam, tratando das normas constitucionais a respeito do tema, da evolução jurisprudencial brasileira, bem como da reforma normativa realizada pela

² BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Lei 11.960/3008 no art. 157 do Código de Processo Penal, com destaque para o veto infringido ao parágrafo 4º do referido artigo.

2 DIREITO À PROVA

Cada indivíduo detém o direito de exigir do Estado a solução de um conflito intersubjetivo, por meio da prestação jurisdicional, conforme o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, que assegura ao cidadão que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”³, norma constitucional que traduz-se no Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional ou do Direito de Ação.

Sendo assim, para que se concretize a efetividade desse princípio, é necessária uma ampla produção probatória que demonstre a veracidade do direito pleiteado e promova o convencimento do juiz. Destarte, o direito à prova surge do desdobramento do direito de ação e de defesa, do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal, todos previstos expressamente no texto constitucional.

Nas palavras de Luiz Francisco Torquato Avolio:

A atividade probatória, segundo Trocker, representa o momento central do processo. Estritamente ligada à alegação e indicação dos fatos, visa a oferecer ao juiz a indicação da verdade dos fatos deduzidos ou levados ao conhecimento em juízo (...) e assume, portanto, uma importância fundamental para a formação do provimento jurisdicional.

Se o escopo do direito de ação e de defesa é o de dar ao interessado uma adequada oportunidade de interferir sobre o desenvolvimento e o êxito do julgamento, pareceria evidente que o exercício concreto desse direito seja essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de servir-se dos instrumentos apropriados, as provas, com as quais se procura verificar aquele determinado evento.⁴

Sendo assim, compete ao jurisdicionado provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa, através de todos os meios hábeis de prova, nos termos do art. 332 do CPC, que prescreve que “todos os meios legais, bem como os

³ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 25.

moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”⁵

À primeira vista, parece natural concluir que o juiz poderia analisar e admitir os mais variados meios de prova, independentemente de sua origem lícita ou não, a fim de formar seu convencimento. Porém, essa prerrogativa esbarra em inúmeros valores e princípios constitucionais, que limitam a produção probatória a contornos lícitos e moralmente legítimos, negando-se a ideia falsa de que “os fins justificam os meios”.

3 OS LIMITES AO DIREITO À PROVA

Apesar de estar assegurado constitucionalmente, o direito à produção de provas não é absoluto, posto que a sua própria função de garantidor dos direitos das partes e da legitimação da jurisdição implica restrições ao objeto da prova, com a finalidade precípua de que a mesma seja produzida e valorada corretamente.

Nesse diapasão, é possível concluir que uma das facetas do direito à prova é o direito à exclusão daquela que contrarie o ordenamento jurídico.

3.1 O DOGMA DA VERDADE REAL

O princípio da verdade real resume o ideal de que a justiça somente seria realizada quando a verdade material dos fatos fosse alcançada, sendo prerrogativa do juiz a atuação de forma ilimitada na busca da realidade dos fatos ocorridos. De acordo com os ensinamentos de Avolio:

O princípio da verdade real, que também se denomina da verdade material, como originariamente concebido, diz respeito ao poder-dever inquisitivo do juiz penal, tendo por objeto a demonstração da existência do crime e da autoria. A prova penal, assim, é uma reconstrução histórica, devendo o juiz pesquisar além da convergência das partes sobre os fatos, a fim de conhecer a realidade e a verdade dos fatos. Bettiol, por exemplo, preconizava que “um princípio fundamental do processo penal é o da investigação da verdade material ou substancial dos fatos em discussão, para que sejam provados em sua subsistência histórica, sem distorções, obstáculos e deformações. Isso compreende que o legislador tenha

⁵ BRASIL, **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado, 1973.

de eliminar do código toda limitação à prova, e que o juiz tenha que ser deixado livre na formação do próprio convencimento.”⁶

Esse princípio, ao preconizar a prevalência do interesse público e da “defesa social” sobre a proteção da liberdade individual, foi severamente criticado pela doutrina nacional, tendo em vista que a justiça não pode ser realizada a qualquer preço, e sim buscada com respeito às garantias individuais consagradas constitucionalmente e às regras éticas e morais que norteiam o ordenamento jurídico.

3.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Conforme demonstrado, o direito à prova não pode ser interpretado de maneira absoluta, esbarrando numa extensa lista de direitos e garantias constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a honra, a imagem, a intimidade, dentre outros, que, acima de direitos fundamentais do cidadão, configuram-se como limites à atuação estatal no âmbito jurisdicional.

Porém, até mesmo essas liberdades públicas são relativizadas dentro de um contexto social, a fim de que não sejam exercidas de forma prejudicial à ordem pública, à defesa social e às liberdades alheias.

Nesse sentido, o pronunciamento do Ministro Celso de Mello, do Superior Tribunal Federal:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos na própria Constituição.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.⁷

⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 34-35.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23669/DF *apud* Mandado de

Estando em permanente conflito com a atividade instrutória do Estado, em sua busca da efetividade do processo, as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, e devem sempre realizar-se em harmonia com a liberdade de todos, a fim de que se efetivem como garantia de um Estado Democrático de Direito, como o Brasil.

4 PROVAS ILÍCITAS

As provas ilícitas são aquelas colhidas de modo a infringir as normas de direito material e constitucional, sendo as mesmas inadmissíveis no processo, conforme preconiza o art. 5º, LVI, da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.⁸

Por oportuno, cabe trazer à colação a distinção existente entre provas ilícitas e ilegítimas, nas palavras de Alexandre de Moraes:

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.⁹

Além do critério da natureza da norma violada, outro pode ser adotado, para se distinguir entre a prova ilícita e a ilegítima: o momento da transgressão da norma jurídica. Na prova ilegítima, a violação da norma jurídica ocorre no momento da produção da prova, isto é, quando ela é formalmente juntada ao processo, o que significa que tal violação é sempre interna ao processo. Já com a prova ilícita, ocorre violação no momento de sua colheita, que pode ocorrer antes ou de forma concomitante ao processo, mas sempre externamente a este.

4.1 A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

Segurança 23452/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. Informativo STF n. 185, 10, de 21 de abril de 2000, p. 8-12.

⁸ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 117.

A corrente doutrinária que se posicionava pela admissibilidade das provas ilícitas, em consonância com os dogmas da verdade real e do livre convencimento do juiz, sustentava que o direito da coletividade deveria prevalecer sobre eventual atividade ilícita na obtenção da prova, sem prejuízo da aplicação de sanções civis, penais ou disciplinares aos responsáveis. Nas palavras de Avolio:

Esses autores, extremamente devotados à concepção da busca da verdade real, colocavam a reconstrução da realidade como princípio inspirador do processo, argumentando que prescindir de provas formalmente corretas pela tão-só existência de fraude em sua obtenção seria prescindir voluntariamente de elementos de convicção relevantes para o justo julgamento do processo.¹⁰

Já a segunda corrente repudia a possibilidade de admissão de provas ilícitas no âmbito processual, ante a impossibilidade de se prestigiar um comportamento ilícito, ou permitir que o infrator tire proveito de uma infração.

Um dos argumentos que sustentam a inadmissibilidade das provas colhidas de maneira ilícita é o da unidade do ordenamento jurídico, significando que qualquer violação a uma norma do sistema jurídico implica em infringência ao ordenamento como um todo, diante de sua unidade.

Nesse sentido, as partes devem conduzir a produção probatória de forma moral e sem ofensas aos direitos de liberdade ou intimidade do indivíduo.

Outro argumento levantado é a inadmissibilidade de provas inconstitucionais, tendo como norte a tutela constitucional das liberdades individuais e da dignidade humana.

Conforme demonstrado pelo conteúdo do já citado art. 5º, LVI, da Constituição Federal¹¹, a Carta Magna consolidou a posição que se vinha formando jurisprudencialmente no Supremo Tribunal Federal, vedando expressamente as provas ilícitas no processo judicial brasileiro.

Contudo, com o passar do tempo foi ganhando relevância a crítica à postura radical do constituinte de 1988, que inadmitiu veementemente a produção de prova ilícita, ainda que em vista de situações excepcionais, em que se busque proteger valores mais importantes do que aqueles infringidos durante a colheita de provas, e também constitucionalmente protegidos.

¹⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 41.

¹¹ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Assim, não obstante o art. 5º, LVI, da Constituição Federal¹², e diante da compreensão de que nenhuma regra constitucional é absoluta, a doutrina vem atenuando a rigidez desse dispositivo, na busca de soluções que sopesem os bens e valores jurídicos em conflito, a fim de se admitir, ou não a prova ilícita.

4.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Posto que a rígida exclusão da prova ilícita do processo poderia levar a distorções de excepcional gravidade para a aplicação justa do direito, é o Princípio da Proporcionalidade que permite a utilização de provas ilícitas no processo, logicamente que em caráter excepcional e em casos extremamente graves, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, por exemplo.

Pela aplicação do critério da proporcionalidade, reconhece-se a ilicitude e, conseqüentemente, a ineficácia da prova colhida com infração a alguma norma de direito processual ou de direito material; ao mesmo tempo, abrandam-se a proibição, em casos excepcionais, como, por exemplo, no processo penal, quando a prova ilícita for favorável ao réu ou em outros casos em que se objetiva tutelar outros valores fundamentais. Trata-se, portanto, de uma questão de ponderação entre os valores que foram lesados pela ilicitude da prova e aqueles que se visa proteger no processo, no caso concreto.

Ainda de acordo com os ensinamentos de Luiz Francisco Torquato Avolio:

A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.¹³

Nos Estados Unidos, a teoria da proporcionalidade encontrou sua maior expressão e evolução, sob a denominação de princípio da razoabilidade, fruto da interpretação da cláusula do *due process of law*, que garante a proteção pessoal contra buscas e apreensões desarrazoadas.¹⁴

¹² BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 58.

¹⁴ BARROSO, Frederico Sousa. **Provas Ilícitas: Confronto entre as Liberdades Públicas e a Efetividade do Processo Judicial**. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do*

Esse mandamento norte-americano já embasou inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal, como fundamento da proporcionalidade (ADIN 106-3 DF, Relator Ministro Celso de Mello; ADIN 958-3 RJ, Rel. Min. Marco Aurélio; ADIN 855, voto do Min. Moreira Alves; ADIN 1407 DF, Rel. Min. Celso de Mello).¹⁵

Acerca do conteúdo do Princípio da Proporcionalidade, cite-se Frederico Sousa Barroso:

Como já visto, o princípio da proporcionalidade, em um primeiro momento, foi utilizado para preservar a liberdade individual diante das ingerências e dos excessos praticados pelo Estado, mormente na seara do poder de polícia estatal, com o escopo de impor medidas razoáveis e proporcionais aos atos da Administração Pública. Posteriormente, já em um segundo momento, foi englobado pelo direito constitucional para solucionar o conflito de direitos fundamentais. Desse modo, apresenta duas funções nítidas: controle estatal contra a ação limitativa do Estado sobre os direitos fundamentais; e, ainda, como critério pacificador na colisão de direitos fundamentais por meio de juízos comparativos e de ponderação entre os interesses envolvidos no caso concreto.

Hoje, é também empregado no combate e no controle dos excessos legislativos que imponham limitações demasiadas ou inaceitáveis aos direitos fundamentais (excesso/desvio do poder legislativo), configurando-se em controle de constitucionalidade das leis e limites à liberdade de conformação do legislador.¹⁶

Finalmente, na atual jurisprudência brasileira, o princípio da proporcionalidade somente é aplicável *pro reo*, admitindo-se a exclusão da ilicitude em prol do princípio da inocência, do direito de defesa, do ideal de justiça e dos valores supremos da liberdade humana. A esse respeito, é pacífica a jurisprudência, conforme os julgados a seguir:

Captção, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu.¹⁷

Distrito Federal e Territórios. v. 12, Ed. Especial, p. 87-137, 2004. p. 110.

¹⁵ BARROSO, Frederico Sousa. **Provas Ilícitas: Confronto entre as Liberdades Públicas e a Efetividade do Processo Judicial**. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. v. 12, Ed. Especial, p. 87-137, 2004. p. 110.

¹⁶ BARROSO, Frederico Sousa. **Provas Ilícitas: Confronto entre as Liberdades Públicas e a Efetividade do Processo Judicial**. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. v. 12, Ed. Especial, p. 87-137, 2004. p. 112-113.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 2120812/RO, Rel. Min. Octávio Gallotti, julgado em 5 de dezembro de 1997.

É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminoso deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista.¹⁸

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.¹⁹

A utilização do critério da proporcionalidade nesses casos contrapõe os valores da liberdade e da justiça ao direito à intimidade, permitindo que prevaleçam aqueles, por serem valores jurídicos mais relevantes, evitando-se que o Estado condene um inocente apenas porque a prova foi considerada ilícita.

Nesse sentido, fundamenta-se a admissão das provas ilícitas *pro reo* baseadas na exclusão de ilicitude, justificados pelo estado de necessidade ou pela legítima defesa.

Pode-se citar como exemplo a interceptação telefônica, sem autorização judicial, que demonstre a inocência do acusado. Tal prova, apesar de ter sido produzida ao arrepio da lei, foi criada em legítima defesa dos direitos fundamentais do acusado.

5 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Provas ilícitas por derivação são aquelas extraídas de uma prova obtida por meio ilícito. É o caso de uma interceptação telefônica clandestina, em que o acusado venha a indicar onde se encontra o produto do crime, este sendo regularmente apreendido. O ponto crucial é saber se essas provas, formalmente lícitas, apesar de derivadas de provas materialmente ilícitas, podem ser admitidas no processo.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 753388/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 11 de março de 1998.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 583937/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 19 de novembro de 2009.

A Carta Magna de 1988 não trouxe solução ao problema, deixando de mencioná-lo em seu texto, restando à doutrina e à jurisprudência a elucidação do tema, ainda não pacificado.

Nesse contexto, assumiu grande notoriedade a teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*), formulada pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Essa teoria visa à completa exclusão de provas derivadas de práticas ilícitas, tendo em vista que uma árvore contaminada envenena seus frutos.²⁰

Em face da relevância dessa teoria nos julgados do STF, vale trazer à baila os ensinamentos de Alexandre de Moraes sobre sua evolução histórica na jurisprudência brasileira:

O Supremo Tribunal Federal, em duas decisões plenárias e importantíssimas, havia decidido pela inaplicabilidade da doutrina do *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada), optando pela prevalência da incomunicabilidade da ilicitude das provas.

No referido julgamento, envolvendo o ex-Presidente (Fernando Collor de Mello), o tribunal rejeitou a tese da defesa, relativamente à repercussão da prova inadmissível sobre as demais, vencido o Ministro Celso de Mello e, em menor extensão, os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, determinando, pois, que continuam válidas as eventuais provas decorrentes das provas consideradas ilícitas.(...)

Importante ressaltar que esse julgamento do HC 69.912-0-RS, que primeiramente indeferiu a ordem, por seis votos a cinco, entendendo pela *incomunicabilidade da ilicitude da prova ilícita às provas derivadas*, acabou sendo anulado pela declaração posterior de impedimento de um dos ministros. Em novo julgamento, deferiu-se a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, uma vez que o *empate favorece o paciente* no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente. O fato de ter sido concedida a ordem, naquele momento, não alterou a posição da maioria (6 votos a 5) da Corte, pela admissibilidade da prova derivada da ilícita, uma vez que não haveria sua contaminação pela comunicabilidade da ilicitude, afastando-se a *fruits of the poisonous tree*.

O que poderia ser uma definição jurisprudencial (6 votos a 5), novamente transformou-se em dúvida, pois, com a aposentadoria do Ministro Paulo Brossard, adepto da incomunicabilidade da prova ilícita (...) a questão tornou-se pendente de futuro pronunciamento, já

²⁰ BARROSO, Frederico Sousa. **Provas Ilícitas: Confronto entre as Liberdades Públicas e a Efetividade do Processo Judicial**. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. v. 12, Ed. Especial, p. 87-137, 2004. p. 119.

com a participação do Ministro Maurício Corrêa, para definir-se a posição da mais alta Corte Judiciária brasileira na questão da teoria do *fruits of the poisonous tree*.

Essa definição foi tomada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que, invertendo a antiga maioria (6 X 5), adotou em relação às provas derivadas das provas ilícitas a teoria do *fruits of the poisonous tree*, ou seja, pela comunicabilidade da ilicitude das provas ilícitas a todas aquelas que dela derivarem.²¹

No mesmo sentido, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.

Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.²²

Portanto, as provas ilícitas, assim como aquelas delas derivadas, são inadmissíveis no processo, ainda que reconduzidas aos autos de maneira indireta,

²¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 120-121.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n. 93050/RJ. Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 1º de agosto de 2008.

devendo, pois, ser desentranhadas dos autos, a fim de que não influenciem a decisão do juiz.

5.1 A REFORMA DO ART. 157 DO CPP PELA LEI 11.690/2008

Corroborando o entendimento jurisprudencial pacificado e preenchendo a lacuna deixada pela Constituição Federal, a respeito das provas ilícitas derivadas, a Lei 11.690/2008, que conferiu nova redação ao art. 157 do Código de Processo Penal, permitindo a solução de dúvidas ainda não resolvidas pela doutrina e jurisprudência pátrias:

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

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

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

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

§ 4º (VETADO).²³

É possível verificar-se que a nova redação do art. 157 do CPP trouxe à baila valiosas inovações acerca do tema, a começar pelo *caput*, o qual passa a adotar explicitamente o sistema da inadmissibilidade das provas ilícitas, ampliando o seu conceito, com o intuito de abarcar qualquer violação ao ordenamento jurídico, isto é, às normas constitucionais ou legais, além de determinar o desentranhamento de tais provas dos autos.

O parágrafo 1º do artigo em referência explicita a opção do legislador pela inadmissibilidade das provas derivadas daquelas obtidas por meio ilícito, tendo como base a já mencionada teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), já cristalizada na doutrina nacional e na jurisprudência pátria.

Ademais, o mesmo parágrafo esclarece que uma prova derivada somente pode ser considerada ilícita caso o nexo de causalidade entre aquela e a prova ilícita

²³ BRASIL, **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado, 1941.

originária esteja bem delineado. Nesse caso, de fato a prova é tida por contaminada e deve ser desentranhada do processo.

Ainda no mesmo parágrafo, há a ressalva de que a prova derivada da ilícita pode ser considerada admissível, caso possa ser obtida por fonte independente da prova ilícita.

Porém, é necessário admitir-se que, se a prova é independente, ela possui validade total e absoluta e não se confunde com a teoria da prova derivada, caracterizando-se como uma prova autônoma. Sendo assim, não deve ser propriamente considerada como uma exceção dentro da teoria das provas ilícitas derivadas.

No parágrafo 2º do art. 157 do CPP, o legislador confunde a exceção da prova totalmente independente da prova ilícita com a exceção da descoberta inevitável, mencionando a primeira no parágrafo, mas trazendo o conceito da segunda.

A prova independente da ilícita é a que não possui nenhum vínculo com esta, isto é, não restou comprovado o nexo causal entre as provas, não havendo que se falar em contaminação desta última. Um exemplo disso é a descoberta de um fato mediante a tortura do acusado, ao mesmo tempo em que o mesmo fato é encontrado por outra equipe de investigação, de forma totalmente independente da confissão obtida ilicitamente.

Por sua vez, a exceção da descoberta inevitável ocorre quando a prova seria produzida de qualquer maneira, independentemente da prova ilícita originária. Assim, a contaminação da prova derivada será afastada toda vez que os próprios trâmites da investigação ou da instrução criminal conduzirem ao objeto da prova, por meio legítimo, independentemente daquele meio viciado. Exemplo disso é a obtenção da localização do corpo da vítima, mediante tortura, ao mesmo tempo em que já havia centenas de pessoas à procura do corpo no mesmo local indicado pelo acusado, significando que essas pessoas encontrariam o corpo de qualquer maneira, independentemente da confissão obtida ilicitamente.

A respeito do parágrafo 3º do art. 157 do CPP, entende-se que cabe recurso contra decisão do juiz ou tribunal que reconheça a ilicitude da prova e determine seu desentranhamento dos autos. Precluindo essa decisão, a prova ilícita

deve ser inutilizada por ato do juiz, facultando-se às partes acompanhar o incidente. Isto é, as partes devem ser devidamente intimadas para esse ato de inutilização e podem acompanhá-lo.

5.2 O VETO AO § 4º DO ART. 157 DO CPP

A polêmica referente ao art. 157 do CPP encontra-se na vedação, pelo Presidente da República, de seu § 4º, que previa que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.²⁴

Esse dispositivo, considerado perfeitamente adequado por parte da doutrina, fundamenta-se na teoria da descontaminação do julgado, que prevê que o magistrado que tiver tomado conhecimento da prova ilícita não tem a necessária isenção para analisá-lo com a imparcialidade devida.

Acertadamente, o parágrafo reconhecia que não bastava a mera exclusão física das provas obtidas ilicitamente. Isso é necessário, mas insuficiente, tendo-se em vista que esse magistrado que tomou conhecimento de tal prova é, inevitavelmente, por ela influenciado.

Diante disso, resta apenas ao juiz, diante do caso concreto, a avaliação de sua própria condição de imparcialidade para a formação de sua convicção sobre a causa, após ter tido contato com a prova ilícita, podendo sempre invocar, se for o caso, motivo de foro íntimo para declarar-se suspeito para o julgamento do processo.

Crítico veemente do referido veto, Luiz Flávio Gomes argumenta:

O juiz é alguém que julga com a emoção e a sentença é o reflexo desse complexo “sentire”. Consequentemente, em muitos casos, a decisão deve ser anulada, ainda que sequer mencione a prova ilícita, pois não há nenhuma garantia de que a convicção foi formada (exclusivamente) a partir do material probatório válido. A garantia da jurisdição vai muito além da mera presença de um juiz (natural, imparcial, etc.): ela está relacionada com a qualidade da jurisdição. A garantia de que alguém será julgado somente a partir da prova judicializada (nada de condenações com base nos atos de investigação do inquérito policial) e com plena observância de todas as regras do devido processo penal.²⁵

²⁴ BRASIL, **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado, 1941.

²⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Provas Ilícitas e Ilegítimas: distinções fundamentais**. In: *A Leitura: Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará*. Belém, v. 2, n. 3, p. 76, 2009.

Com base em pareceres do Ministério da Justiça e da Advocacia-Geral da União, as precárias razões do veto ao § 4º do art. 157 do CPP são as seguintes:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso.

Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.

Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar o dispositivo acima mencionado do projeto em causa, a qual ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.²⁶

Conforme se depreende da leitura das razões do veto presidencial, o dispositivo foi vetado por razões de celeridade processual, simplicidade, troca do juiz etc, tendo em vista que a sua manutenção poderia inviabilizar a tão exigida celeridade processual.

Porém, cabe salientar que a lei processual penal não cumprirá seu papel primordial se não conciliar a eficácia processual com as garantias do acusado. No presente caso, a imparcialidade do juiz deveria ter sido garantida pela manutenção do referido parágrafo, em detrimento da eficácia.

Portanto, o referido veto viola o Princípio do Juiz Natural, disposto no art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal, com os seus respectivos textos, *in verbis*: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.²⁷

Destarte, o legislador objetivou garantir a absoluta imparcialidade do magistrado na resolução dos conflitos, investindo-o de garantias constitucionais tais como, inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos, as quais não

²⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Provas Ilícitas e Ilegítimas: distinções fundamentais**. In: *A Leitura: Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará*. Belém, v. 2, n. 3, p. 76, 2009.

²⁷ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

pertencem à identidade física do juiz, mas sim à sociedade, cujo interesse primordial é assegurar que seus conflitos de alta relevância social solucionados com justiça.

Ademais, resta violado também o Princípio da Presunção de Inocência consagrado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que pressupõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.²⁸ Contudo, permanecendo no processo o magistrado que teve contato com a prova ilícita, o que acontece, inevitavelmente, é uma inversão do Princípio da Presunção de Inocência, posto que o acusado será considerado culpado antes mesmo da prolação da sentença condenatória, haja vista a enorme dificuldade do magistrado de não se deixar influenciar pela prova ilícita, ainda que desentranhada dos autos.

Corroborando esse entendimento Aury Lopes Júnior, citado por Luiz Flávio Gomes:

Daí porque não basta anular o processo e desentranhar a prova ilícita: deve-se substituir o julgador do processo, na medida em que sua permanência representa imenso prejuízo, que decorre dos pré-juízos (sequer é pré-julgamento, mas julgamento completo) que ele fez.

Não é crível de se pensar que um mesmo juiz, após julgar e ter sua sentença anulada pela ilicitude da prova (que ele admitiu e, muitas vezes, até valorou), possa julgar novamente o mesmo caso com imparcialidade e independência.

É ingenuidade tratar cartesianamente essa questão, como se a contaminação só atingisse a prova: o maior afetado por ela é o julgador, ainda que inconscientemente.

Imagine-se a escuta telefônica que posteriormente vem a ser considerada ilícita por falha de algum requisito formal e a sentença anulada em grau recursal. Basta remeter novamente ao mesmo juiz, avisando-lhe que a prova deve ser desentranhada? Elementar que não, pois ele, ao ter contato com a prova, está contaminado e não pode julgar.²⁹

²⁸ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Provas Ilícitas e Ilegítimas: distinções fundamentais**. In: *A Leitura: Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará*. Belém, v. 2, n. 3, p. 76, 2009.

CONCLUSÃO

É bastante controversa a questão das provas ilícitas, suscitando inúmeros debates ente os mais renomados juristas brasileiros e estrangeiros, dando ensejo a variadas mudanças jurisprudenciais e doutrinárias com o passar do tempo.

O tema coloca em discussão a efetividade do processo na atividade jurisdicional, a procura da verdade real, e o objetivo maior da realização da justiça, e, por outro lado, as liberdades públicas, principalmente as inviolabilidades individuais como a intimidade e a vida privada do cidadão, que são garantias constitucionalmente protegidas.

Portanto, foi possível analisar detidamente o conflito entre interesses públicos e interesses individuais na instrução probatória e, em uma visão mais abrangente, no direito à ampla defesa.

A convivência entre tantos direitos fundamentais exige a sua relatividade, para que não se torne insustentável e injusta a ponderação de valores igualmente consagrados pela Constituição Federal. Nenhuma garantia, ainda que fundamental, pode receber caráter absoluto, sob pena de se tornar um fator gerador de injustiças, resultando no enfraquecimento dos valores constitucionais e na descrença no Poder Judiciário.

Limitar os direitos fundamentais, por meio do critério da proporcionalidade, é preservar esses valores, mantendo sua força normativa dentro de limites respectivos a cada caso concreto.

Nesse contexto, o referido Princípio da Proporcionalidade surge como agente flexibilizador da rígida norma positivada, a fim de que esta se amolde às mais diversas situações com elasticidade e conveniência, com o intuito de harmonizar o caso concreto e os diversos princípios existentes no ordenamento jurídico e com vistas à tão almejada decisão justa.

A ponderação dos direitos fundamentais em jogo, através da aplicação do referido princípio, parece ser a solução para a questão da admissibilidade ou não das provas ilícitas (e suas derivadas) no processo, a fim de que seja preservada a justiça na prestação da tutela jurisdicional.

Acerca do veto ao § 4º do art. 157 do Código de Processo Penal, conclui-se que o mesmo foi inoportuno, tendo o legislador brasileiro perdido a chance de inserir, com efetividade, no ordenamento jurídico, a teoria da descontaminação do julgado, isto é, o magistrado que tivesse contato com a prova ilícita seria afastado do processo, uma vez que a sua convicção poderia ser influenciada pela prova repudiada pelo sistema jurídico.

Vetado o parágrafo, o mesmo juiz que teve contato com a prova considerada ilícita formulará novamente sua decisão, desta vez com base somente nas provas remanescentes.

Contudo, nesse caso, reputa-se dificultoso confiar-se na imparcialidade do magistrado, quando este estiver enlaçado com resquícios de uma prova levada ao processo ao arrepio da lei: o juiz é também um ser humano, carregado de valores, experiências e crenças, assim como qualquer cidadão, o que não nos deixa crer que será imune à influência da prova ilícita, resultando na contaminação de seu julgamento.

Logo, parece necessário que a questão envolvendo a parcialidade do juiz e a teoria da descontaminação do julgado seja enfrentada e disciplinada pela jurisprudência construída pelos tribunais brasileiros, a fim de que o processo cuja prova ilícita for desentranhada possa ser julgado de maneira a proteger, sempre, os direitos fundamentais do processado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BARROSO, Frederico Sousa. **Provas Ilícitas: Confronto entre as Liberdades Públicas e a Efetividade do Processo Judicial**. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. v. 12, Ed. Especial, p. 87-137, 2004.

CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2007.

COSTA, Suzana Henriques da. **Os Poderes do Juiz na Admissibilidade das Provas Ilícitas**. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 31, n. 133, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Provas Ilícitas e Ilegítimas: distinções fundamentais**. In: *A Leitura: Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará*. Belém, V. 2, n. 3, p. 69-77, 2009.

GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8ª Ed. São Paulo: RT, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.