

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

TAWINY GONÇALVES SCHAUCOSKI

**A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO: DAS EXCEÇÕES À SUA
(IN)ADMISSIBILIDADE NA ESFERA PENAL**

CRICIÚMA

2012

TAWINY GONÇALVES SCHAUCOSKI

**A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO: DAS EXCEÇÕES À SUA
(IN)ADMISSIBILIDADE NA ESFERA PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para
obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. João de Mello

CRICIÚMA

2012

TAWINY GONÇALVES SCHAUCOSKI

**A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO: DAS EXCEÇÕES À SUA
(IN)ADMISSIBILIDADE NA ESFERA PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Processual Penal.

Criciúma, 15 de junho de 2012

BANCA EXAMINADORA

Prof. João de Mello – Graduado em Direito - (UNIVALI) – Especialista em Direito:
Instituições Jurídico-Políticas (UFSC) - Orientador

Profª. Anamara de Souza – Graduada em Direito - (UNISUL) - Especialista em Educação
(PUC/RS) e Dogmática Jurídica (UNISUL)

Prof. Leandro Alfredo da Rosa – Graduado em Direito - (UNISUL) - Especialista em Ciências
Penais (UNISUL)

Aos meus pais, minhas estrelas-guias.

Aos meus amigos de graduação, por me acompanharem, fortes, nesta caminhada.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a esta Força Maior e inexplicável que nos rege, a qual, a cada novo dia que amanhece, nos permite viver, adquirindo conhecimento e as mais variadas experiências, proporcionando infindáveis alegrias e conquistas.

Agradeço aos meus pais por tudo o que pude aprender até hoje, e dedico este trabalho de conclusão de curso a eles, que, nas intempéries, sempre tiveram uma palavra amiga para me acalantar. Agradeço também pelos bons conselhos que recebi quanto à minha escolha profissional, pelo investimento feito em minha educação, investimento este feito com muitas dificuldades e, se hoje sou o que sou, tudo devo a eles.

Agradeço aos meus colegas de graduação que me acompanharam até aqui, aos amigos que tive a oportunidade de conhecer durante este curso, desde já sentindo enormes saudades deste período de minha vida, torcendo para que estas amizades durem a vida toda e que possamos nos encontrar futuramente em ótimas colocações no mercado de trabalho.

Externo meus agradecimentos também a todos os professores do curso de Direito da UNESC, que, a seu jeito, transmitiram o conhecimento e a experiência profissionais necessárias para que possamos ser bons bacharéis em Direito, independentemente da profissão que escolhamos a partir de agora.

Agradeço, em especial, ao meu orientador, Prof. João Mello, pela dedicação e paciência com que auxiliou a produção deste trabalho de conclusão de curso; Prof. Maurício Muriack Fernandes e Peixoto, pela disposição em me auxiliar na colheita de boas jurisprudências, ainda que eu não fosse oficialmente sua orientanda; Prof. Anamara de Souza, por me dar o prazer de compor minha banca examinadora; Prof. Leandro Alfredo da Rosa, igualmente por compor minha banca examinadora e, também, pela oportunidade de atuar em um Júri Simulado, fazendo com que me apaixonasse ainda mais por Direito Penal e Processual Penal.

Por fim, agradeço aos meus colegas do Ministério Público Estadual, que demonstraram enorme compreensão quando necessária minha ausência em razão dos Estágios Obrigatórios, e generosidade em me permitir acesso à vasta e atualizada biblioteca jurídica. Agradeço aos Promotores que tive a oportunidade de trabalhar pelos bons conselhos, ensinamentos e experiências compartilhados, e pela injeção de ânimo em desejar exercer esta profissão.

“Quem acredita sempre alcança”.

Renato Russo

RESUMO

Mediante pesquisa à doutrina, legislação e jurisprudência, o objetivo deste estudo é analisar as reformas promovidas pela Lei n. 11.690/08 ao Código de Processo Penal, mais precisamente quanto à redação do art. 157, que inseriu infraconstitucionalmente o Princípio da Inadmissibilidade da Prova Ilícita, bem como positivou entendimento jurisprudencial no sentido de aplicar no Brasil a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, cunhada na Suprema Corte Americana. Inicialmente, serão estudados os Princípios aplicáveis à prova, dentre eles, o Princípio da Inadmissibilidade da Prova Ilícita e suas implicações, visto que a prova ilícita por derivação, como o próprio nome diz, só pode existir diante de uma contaminação originária. Da previsão de inadmissibilidade das provas ilícitas, decorre igual entendimento quanto às provas derivadas das ilícitas, conforme dita o art. 157 do CPP. O mesmo dispositivo legal traz exceções que, em razão de sua obviedade, e, até mesmo, da deturpação da ideia original oriunda dos Estados Unidos da América, são duramente criticadas pela doutrina, onde o assunto está longe de encontrar pacificidade.

Palavras-chave: Prova. Ilícita. Derivação. Inadmissibilidade. Exceções.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ABIN – Agência Brasileira de Informação
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
CF/88 – Constituição Federal de 1988
CR – Constituição da República Federativa do Brasil
CPP – Código de Processo Penal
DJ – Data de Julgamento
EDcl – Embargos de Declaração
EUA – Estados Unidos da América
FIP – Fonte Independente de Prova
HC – *Habeas Corpus*
PAI – Prova Absolutamente Independente
RE – Recurso Extraordinário
SNI – Serviço Nacional de Informações
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 2 TEORIA GERAL DA PROVA..... | 12 |
| 2.1 A PROVA: CONCEITOS, OBJETIVOS E FINALIDADE NO PROCESSO PENAL..... | 12 |
| 2.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE PRINCÍPIOS E REGRAS..... | 14 |
| 2.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PROVA..... | 17 |
| 2.3.1 Princípio da Verdade Real..... | 17 |
| 2.3.2 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa (Due process of law)..... | 20 |
| 2.3.3 Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz..... | 24 |
| 2.3.4 Breves considerações iniciais ao Princípio da Inadmissibilidade da Prova Ilícita..... | 26 |
| 3 DIREITO E RESTRIÇÕES À PROVA..... | 28 |
| 3.1 A QUESTÃO DA PROVA ILÍCITA NO DIREITO COMPARADO..... | 28 |
| 3.1.1 Itália..... | 28 |
| 3.1.2 Alemanha..... | 29 |
| 3.1.3 Grã-Bretanha e Estados Unidos da América..... | 30 |
| 3.2 A PROVA ILÍCITA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... | 31 |
| 3.2.1 Prova ilegal, prova ilícita e prova ilegítima (?)..... | 31 |
| 3.2.2 Correntes doutrinárias: admissibilidade x inadmissibilidade da prova ilícita..... | 32 |
| 3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO À PROVA ILÍCITA..... | 35 |
| 3.3.1 Origens e fundamentos..... | 35 |
| 3.3.2 O Princípio da Proporcionalidade na realidade brasileira..... | 37 |
| 3.3.3 A aplicação do Princípio da Proporcionalidade à prova ilícita..... | 40 |
| 3.3.3.1 A admissibilidade da prova ilícita pro reo..... | 40 |
| 3.3.3.2 A admissibilidade da prova ilícita pro societate..... | 41 |
| 3.4 INUTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA - DESENTRANHAMENTO..... | 45 |
| 4 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO..... | 48 |
| 4.1 CONCEITO E DISPOSIÇÃO LEGAL..... | 48 |
| 4.2 A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA: ORIGENS E IMPLICAÇÕES AO CASO CONCRETO NA SUPREMA CORTE AMERICANA..... | 49 |
| 4.2.1 As limitações à prova ilícita por derivação na doutrina americana..... | 51 |
| 4.2.1.1 A limitação da fonte independente (“independent source” limitation)..... | 51 |
| 4.2.1.2 A limitação da descoberta inevitável (“inevitable discovery” limitation)..... | 52 |
| 4.2.1.3 A limitação da contaminação expurgada, da conexão atenuada ou da tinta diluída (“purged taint” limitation ou “attenuated connection” limitation)..... | 54 |
| 4.2.1.4 Breves considerações acerca de limitações à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação ainda não aplicadas na jurisprudência brasileira..... | 55 |
| 4.3 A INCORPORAÇÃO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA NO ORDENAMENTO PÁTRIO..... | 57 |
| 4.4 AS EXCEÇÕES À INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO ELENCADAS NO ART. 157 E PARÁGRAFOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: QUESTÕES CONTROVERSAS..... | 63 |
| 4.4.1 Ausência de nexos de causalidade..... | 64 |
| 4.4.2 Fonte independente..... | 66 |
| 5 METODOLOGIA..... | 70 |
| 6 CONCLUSÃO..... | 71 |

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar as mudanças promovidas pela Lei n. 11.690/08 ao art. 157 do Código de Processo Penal, em especial quanto à extensão do Princípio da Inadmissibilidade da Prova Ilícita àquelas provas que, em que pese licitamente obtidas, padecem pela contaminação por prova ilícita originária. Além disso, pretende explicar as exceções previstas em referido dispositivo legal, bem como expôr as críticas doutrinárias acerca do tema.

Consubstancia-se em pesquisa bibliográfica, basicamente doutrinária, complementada pela análise de legislação e jurisprudência, efetuada de forma qualitativa, teórica e prescritiva, a fim de apresentar os principais posicionamentos sobre o tema, ainda distante da pacificidade. O método científico aplicado nesta pesquisa é o método dedutivo, auxiliado pelo método histórico.

Inicialmente, serão apresentados conceitos, objetivos e finalidades da prova no Processo Penal, bem como os princípios mais importantes aplicados à matéria. Far-se-á uma breve explanação acerca das diferenças básicas entre princípios e regras. O intuito é compreender os elementos básicos da Teoria Geral da Prova e da Teoria dos Direitos Fundamentais, em razão do alto grau de abstratividade do próximo capítulo deste trabalho.

Posteriormente, adentra-se ao assunto da prova ilícita e suas implicações. No início, a construção do Princípio da Inadmissibilidade da Prova Ilícita tanto no direito comparado quanto no ordenamento jurídico pátrio, passando pelos mais diversos conflitos quanto aos tipos de prova existentes (ilícita, ilegítima e ilegal) e quanto à flexibilização de referido princípio, e encerrando com a demonstração do posicionamento atual sobre o tema, qual seja, pela inadmissibilidade da prova ilícita, temperada pela aplicação, em cada caso concreto, do Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade.

Por derradeiro, estudar-se-á o assunto central deste trabalho, qual seja, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Serão expostas suas origens e fundamentos, bem como as limitações construídas pela Suprema Corte Americana. Após, tratar-se-á da incorporação de referida construção ao ordenamento pátrio, mediante apresentação de jurisprudências dos Tribunais Superiores, até a edição da Lei n. 11.690/08, que positivou, no art. 157 do Código de Processo Penal, a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação.

Dentro da análise da citada lei, contemplar-se-á as exceções à

inadmissibilidade da prova ilícita por derivação na realidade brasileira, previstas também no art. 157 do CPP, onde se apresentará as mais duras e diversas críticas doutrinárias que o legislador recebeu neste ponto, seja em razão de obviedade, erro técnico ou até mesmo inconstitucionalidade dos dispositivos legais.

O estudo da questão da inadmissibilidade da prova ilícita, e, de forma mais pontual, de suas derivações, se mostra essencial diante da influência que a admissão ou não de uma prova tem na vida do réu, pois essa prova, se valorada, pode tanto levá-lo à privação de sua liberdade, quanto declarar sua inocência.

De igual forma influi a admissão desses tipos de prova na sociedade em geral, que incumbiu ao Estado a função de punir delitos e trazer a paz social. Essas provas, se não valoradas, podem acabar por produzir a impunidade, a sensação de insegurança e a falta de confiança no aparato estatal, ou, em contrário, podem condenar o réu mediante uma ação ilegítima.

2 TEORIA GERAL DA PROVA

2.1 A PROVA: CONCEITOS, OBJETIVOS E FINALIDADE NO PROCESSO PENAL

O termo *prova* tem origem na língua latina (*probatio*), e possui diversos significados, a saber: ensaio, verificação, argumento, razão, aprovação ou confirmação (NUCCI, 2009). Segundo Aquino (2009, p. 197), “Deriva a expressão *prova* do verbo *provar*, cuja origem é o verbo latino *probare*, com o sentido de *demonstrar*. Outros a vinculam a *probatio*, *probationis*, cuja raiz é *probus*, no sentido de *bom*, *correto*, *honrado*”.

Ainda em relação ao vocábulo *prova*, Didier (2008, p. 44) afirma existirem três acepções:

a) às vezes é utilizado para designar *o ato de provar*, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; *b)* noutras vezes, é utilizado para designar *o meio de prova* propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; neste sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.; *c)* por fim, pode ser utilizado para designar *o resultado* dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.

Nucci (2009, p. 16) segue pela mesma trilha, declarando igualmente existirem três sentidos atinentes ao termo *prova*, seja como *ato*, como *meio* e/ou como *resultado*. Exemplifica: “Poder-se-ia dizer: 'durante a fase probatória, várias provas foram apresentadas pelas partes, provando-se, ao final, a inocência do réu'. A prova, em seus três sentidos, portanto, é comumente utilizada pelos operadores do Direito”.

Quanto ao conceito de prova, não há uma definição única. Segundo Rangel (2010, p. 453), a prova, no campo jurídico, seria “[...] o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa”.

Tourinho Filho (2010, p. 155) apresenta em seu Código de Processo Penal Comentado, um conceito estritamente relacionado à finalidade principal da prova, a obtenção da verdade real.

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Provar é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou se alega. Entendem-se também por prova, de ordinário, os elementos

produzidos pelas partes e pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a verdade sobre certos fatos.

Para Aquino (2009, p. 198-199), “[...] pode-se dizer que provas são elementos de convicção fornecidos ao juiz e com os quais ele poderá reconstituir os fatos investigados e estabelecer uma certeza judiciária – ou verdade possível –, que equivale apenas a uma probabilidade”.

Dentro do Processo Penal, a prova traz como função essencial recuperar os fatos ocorridos em um sinistro criminal, bem como intui apresentar ao juiz, da forma mais fiel possível, a verdade.

Sobre os objetivos primordiais da prova, discorre Oliveira (2010, p. 341):

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*.

Seguindo pela mesma trilha, complementa Rangel (2010, p. 453), afirmando que “[...] a prova, assim, é a verificação do *thema probandum* e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade”.

Nucci (2008, p. 388), salienta que, “[...] ao cuidarmos de provas, voltamos os nossos olhos para a busca da verdade”. Diante da dificuldade, ou até mesmo, da impossibilidade em atingi-la em sua plenitude, a prova pode, então, trazer ao julgador a *verossimilhança* de um fato, ou seja, poderá trazer ao magistrado a convicção de uma verdade melhor provada no processo, ainda que esta não corresponda à plena realidade dos fatos.

Referido autor diz, ainda (2008, p. 389), que “[...] é preciso destacar que a descoberta da verdade é sempre relativa, pois o que é verdadeiro para uns, pode ser falso para outros”, ou seja, é função da parte provar, da melhor maneira possível, a *sua* verdade no processo, de modo a que o juiz se convença e profira decisão a seu favor, ainda que esta decisão seja equivocada.

Importante destacar que o juiz não profere “juízo não verdadeiro”, pois seria o mesmo que afirmar que o julgador sustenta uma “certeza incerta”, o que seria ilógico. O magistrado, ao proferir decisão, sempre terá certeza; contudo, poderá ocorrer que esta decisão não corresponda à realidade, e ainda assim seja válida, já que a “verdade” da parte vencedora

foi mais bem provada nos autos (NUCCI, 2008).

2.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Antes de se adentrar na análise dos princípios atinentes à prova de uma forma geral, e também, no âmbito do processo penal, necessária se faz uma breve explanação quanto às normas jurídicas, em especial, dos princípios e regras.

Alexy (2008) afirma que a análise da distinção entre regras e princípios é a mais importante das diferenciações teórico-estruturais de uma norma de direito fundamental.

Inicialmente, em sua obra, intitulada Teoria dos Direitos Fundamentais, este autor afirma que os princípios e regras são normas. Isto porque

[...] ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. (ALEXY, 2008, p. 87).

Seria então a distinção entre princípio e regra, para Alexy (2008, p. 87-88), uma distinção entre duas espécies de normas. E para diferenciá-las, existem diversos critérios. O mais utilizado deles é o da generalidade, onde “[...] princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”.

Mas Alexy (2008, p. 88) defende que o ponto decisivo desta distinção se dá na idéia de que princípios são *mandamentos de otimização*:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Enquanto que os princípios podem ser satisfeitos em maior ou menor grau e não dependem apenas das possibilidades fáticas para isso (são determinações dentro do que é possível de fato e de direito), as regras devem sempre ser satisfeitas ou não-satisfeitas.

Conclui-se então que “[...] toda norma é ou uma regra ou um princípio” (ALEXY, 2008, p. 91).

Demonstra-se clara a distinção entre normas e princípios no que tange à solução dos conflitos entre regras e colisão entre princípios.

Segundo Alexy (2008, p. 92), “[...] um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”.

O autor afirma que, se a cláusula de exceção não puder solucionar o conflito, parte-se para a discussão acerca da validade da norma, caso em que

[...] pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. (ALEXY, 2008, p. 92).

Denota-se, pelo excerto acima, que os conflitos entre regras são resolvidos no âmbito da validade; diante da existência de duas regras que, no caso concreto, são contraditórias, e, vislumbrando-se a impossibilidade de eliminação da contraditoriedade pela cláusula de exceção, uma das regras deverá ser declarada inválida, e a outra será aplicada (ALEXY, 2008).

O autor ainda apresenta dois métodos de exclusão de regras contraditórias, a saber: *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*. A primeira diz que a lei posterior deverá ser considerada em detrimento de lei anterior, e a segunda, diz que a lei especial deverá ser considerada em detrimento de lei geral, métodos comumente utilizados pelos juízes no caso concreto para resolução de conflitos entre regras (ALEXY, 2008).

No que tange aos princípios, a solução da colisão se dá de maneira diversa. Alexy (2008) defende que quando um princípio colide com outro, um deles terá que ceder. Contudo, não se trata de uma análise quanto ao âmbito da validade, e sim de uma análise de peso, de valor. Em cada caso concreto, os princípios terão pesos diferenciados, podendo, num determinado caso, serem preteridos, e em outro, preferidos.

Complementa ainda o autor (2008, p. 96), que

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é

possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.

A esta precedência condicionada, Alexy (2008, p. 99) denomina como “lei de colisão”, e discorre que esta lei, fundamento da teoria dos princípios, “[...] reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência, e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis”.

O autor conclui que a diferença na resolução dos conflitos entre regras e colisões entre princípios se resume em que “[...] conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (ALEXY, 2008, p. 94).

Alexy (2008, p. 116-117), ainda, faz uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, afirmando que uma implica à outra e vice-versa. Isto porque

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito será utilizada quando um princípio colide com outro de caráter antagônico. Faz-se obrigatória a incidência do sopesamento a fim de que se decida qual destes princípios válidos será aplicado ao caso concreto, de acordo com a lei de colisão (ALEXY, 2008).

A questão da proporcionalidade será melhor tratada no Capítulo 2 deste estudo.

Feitas estas breves considerações, denota-se a importância que têm os princípios no ordenamento jurídico, tornando-se indispensável discorrer sobre alguns deles neste estudo.

2.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PROVA

2.3.1 Princípio da Verdade Real

Estritamente ligado à finalidade da prova está o Princípio da Verdade Real, princípio este basilar do Processo Penal. A prova é uma das formas, senão a principal, de obtenção da verdade no processo; ainda que esta atinja apenas uma verossimilhança dos fatos, seu objetivo nobre é atingir a verdade plena.

Mas o que seria a verdade? Esta pergunta é feita desde os primórdios da humanidade, principalmente pelos estudiosos da filosofia, e, até a atualidade, não possui um conceito único.

Diz Barros (2010, p. 25-26) que “[...] a verdade, em si mesma, é admirada há milênios pelos maiores cultores dessa ciência, tanto que Aristóteles ressaltou ser essa admiração uma das causas que levou os homens a filosofar”.

Morrison (2006, p. 40), em sua obra de filosofia do direito, apresenta a questão do conhecimento e da verdade na Grécia antiga:

Os sofistas eram céticos quanto à possibilidade do conhecimento verdadeiro; impressionados diante da variedade e da constante transformação das coisas, argumentavam que, como o conhecimento provém da experiência individual, nosso conhecimento reflete essa variação, sendo portanto relativo a cada pessoa. Platão concordava que o resultado de se fundamentar o conhecimento em nossos sentidos é a variação, mas afirmava que o conhecimento real pertence à essência, à idéia. Não é uma questão daquilo em que se acredita, mas do que é verdadeiramente certo.

A palavra verdade advém do latim *veritate*, que significa exatidão, realidade. Pode-se dizer, comumente, que a verdade seria uma subsunção entre a inteligência e o ser. Também a verdade pode ser considerada como a adequação da coisa com a inteligência, e ainda, como “[...] uma concordância de uma enunciação com seu objeto” (BARROS, 2010, p. 26-27).

Conclui-se, pelo que foi exposto até então, que existem vários conceitos sobre “O que é a Verdade”. Contudo, Barros (2010., p. 28) afirma que o conceito que melhor se encaixa no viés jurídico é aquele que classifica a verdade como *de fato* e *de direito*:

Vislumbrando a definição de verdade que mais se aproxima do enfoque jurídico, é possível deparar-se com aquela que, analisando-a do ponto de vista da atividade jurisdicional, classifique-a em “verdade de fato” e “verdade de direito”. A primeira

consolida-se quando o juízo de valor que o julgador forma acerca de certo caso, ou acontecimento, está inteiramente conforme com as provas existentes a seu respeito. A segunda (verdade de direito) se verifica ao tempo da aplicação da lei ao caso concreto, isto é, quando o juiz declara que dá o verdadeiro sentido ao fato, em conformidade com o pensamento que apreende o legislador.

Também é importante destacar que, ao menos no campo jurídico, especificamente no âmbito do processo, a verdade é una e indivisível. Isto porque “[...] não há duas verdades distintas circundando o mesmo fato. O que pode haver é mais de um conhecimento subjetivo parcial da verdade, pois cada um conhece à sua maneira” (BARROS, 2010, p. 30).

Nucci (2008, p. 106) também demonstra a mesma opinião acerca da verdade, conforme se retira do excerto abaixo:

Não questionamos que a verdade é una e sempre relativa, consistindo busca inviável, no processo, encontrar a *realidade* dos fatos tal como ocorreram. A verdade é apenas uma noção ideológica da verdade, motivo pelo qual o que é verdadeiro pra uns, não o é para outros.

Retomando a questão da prova, como já brevemente explicitado anteriormente, a busca da verdade é seu principal, senão, único objetivo de sua existência no processo, de forma geral.

Importante transcrever o que diz Barros (2010, p. 146) acerca do assunto:

Ao analisarmos a utilização da prova sob outro ângulo, isto é, como sendo um instrumento da verdade, poderemos afirmar que, em regra, somente o que está provado pode ser tido como verdadeiro.
Vale dizer, para o juiz formar o seu convencimento a respeito da veracidade ou inconsistência da imputação apresentada pela acusação contra o réu, é preciso que obrigatoriamente se atenha ao contexto probatório produzido nos autos.
Noutras palavras: é por meio das provas que se reproduz (ou se tenta reproduzir), no processo, a realidade que envolve o fato ilícito. A verdade não vinga sem as provas.

Resta saber qual a relevância da verdade para o Processo Penal, no que tange à intensidade de sua busca, isto é, se deve o juiz se contentar apenas com as provas trazidas aos autos pelas partes, como na esfera cível, ou se deve exaurir todos os meios de busca da verdade, ainda que agindo de ofício. Analisemos então as duas vertentes principiológicas da verdade: os princípios da verdade formal e da verdade material.

O Princípio da Verdade Formal, aplicável essencialmente ao Processo Civil, consiste na apuração, sem tanto rigor, dos fatos; requer das partes o ato de provar e retira da figura do juiz o rigor em buscar a verdade no processo. As “verdades” de cada parte são

apresentadas ao juiz, a fim de que o mesmo se direcione a uma delas (BARROS, 2010).

É pacífico na doutrina que referido princípio não é comumente admitido no Processo Penal, apesar de comportar exceções. Deve o juiz utilizar-se de seu poder inquisitivo a fim de buscar a verdade material (real), conforme ensina Tourinho Filho (2011, p. 58):

A função punitiva do Estado deve ser dirigida àquele que, realmente, tenha cometido uma infração; portanto o Processo Penal deve tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença.

[...]

Excepcionalmente, o Juiz penal curva-se à verdade formal, não dispondo de meios para assegurar o império da verdade.

Sobre o Princípio da Verdade Real, ensina Bedê Junior (2009, p. 102):

A idéia do princípio em tela é a de que o processo penal não pode admitir ou se contentar apenas com a verdade formal, ou seja, com a verdade processualizada, mas deve almejar que os autos sejam o espelho fiel do fato ocorrido no mundo da vida.

No mesmo sentido, discorre Nucci (2008, p. 105-106):

O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente.

[...]

Contrariamente à verdade formal, inspiradora do processo civil, pela qual o juiz não está obrigado a buscar provas, mormente em ações de conteúdo exclusivamente patrimonial, que constitui interesse disponível, contentando-se com a trazida pelas partes e extraíndo sua conclusão com o que se descortina nos autos, a verdade real vai além: quer que o magistrado seja co-autor na produção de provas.

Este Princípio tem enorme importância no Processo Penal, e dele decorrem diversos outros princípios processuais penais; também repercute sobre os poderes das partes e do juízo no processo. Discorre Aquino (2009, p. 88) que são

Inúmeras as decorrências do princípio da verdade real. Ele repercute sobre os poderes jurídicos dos sujeitos processuais, sobretudo em relação à aceitação e avaliação dos meios de prova. Dele defluem, por exemplo, as regras da imediação, oralidade, concentração, identidade física do julgador e publicidade do debate. Também deriva desse princípio o poder autônomo de impulso e de investigação do juiz penal. [...] O princípio ainda conduz às preceituações sobre a liberdade, comunidade da prova e livre convicção.

Não podemos olvidar que, ainda que a verdade real seja o objetivo maior do Processo Penal, a verdade colhida nos autos dificilmente corresponderá exatamente aos fatos. A instrução probatória tenta reconstituir os fatos tais como realmente ocorreram; todavia, se

as provas colhidas indicarem algo diverso da realidade, ainda assim deve o juiz ater-se ao que está nos autos, formando sua convicção por meio da melhor prova (RANGEL, 2010).

Sobre o tema, exemplifica Rangel (2010, p. 8):

Portanto, não obstante chamarmos de verdade processual, nem sempre ela condiz com a realidade fática ocorrida. Portanto, entendemos que se trata de uma verdade no processo. O sistema do livre convencimento impõe-nos uma conduta: vale o que está nos autos do processo (e, mesmo assim, o que está nos autos nem sempre é verdadeiro: testemunhas mentem; peritos falsificam ou erram o laudo; o documento é falsificado; a confissão do acusado é falsa, a acusação exorbita os limites do fato da vida, etc.).

Oliveira (2010, p. 346-347) traz conclusão semelhante no excerto abaixo:

[...] toda verdade judicial é sempre uma verdade *processual*. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente *jurídica*.

De fato, embora utilizando critérios diferentes para a comprovação dos fatos alegados em juízo, a verdade (que interessa a qualquer processo, seja cível, seja penal) revelada na via judicial será sempre uma verdade reconstruída, dependente do maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes do juiz, quanto à determinação de sua certeza.

Lima (2011, p. 49) afirma ser inatingível a verdade absoluta no âmbito processual penal. Isto porque

A prova produzida em juízo, por mais robusta e contundente que seja, é incapaz de dar ao magistrado um juízo de certeza absoluta. O que vai haver é uma aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos. Há de se buscar, por conseguinte, a maior exatidão possível na reconstituição do fato controverso, mas jamais com a pretensão de que se possa atingir uma verdade real, mas sim uma aproximação da realidade, que tenda a refletir ao máximo a verdade. Enfim, a verdade absoluta, coincidente com os fatos ocorridos, é um ideal, porém inatingível.

Impende esclarecer que, ainda que o juiz possa apreciar livremente a prova, objetivando atingir o ideal da verdade real no processo, essa busca da verdade está sujeita a algumas limitações, como, por exemplo, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (LIMA, 2011), princípio este que será desmistificado neste estudo.

Verifica-se então que o Princípio da Verdade Real não é absoluto.

2.3.2 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa (*Due process of law*)

O direito ao Devido Processo Legal é originário da Inglaterra, positivado

pela primeira vez na Carta Magna de 1215, rubricada como *Lei da Terra*. Futuramente, passaria a ser conhecido nos Estados Unidos da América pela expressão *Due Process of Law*, onde ganhou o mundo, passando a ser conhecido e aplicado nos mais diversos ordenamentos jurídicos (BULOS, 2008).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem traz, em seu art. XI, n. 1, que

[...] todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (MORAES, 2008, p. 105).

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, este direito está previsto no art. 5º, inciso LIV, a saber: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 2011 - internet).

Segundo Moraes (2008, p. 105), o Devido Processo Legal

[...] configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Complementando esse raciocínio, Bulos (2008, p. 526) afirma que “[...] mais do que um princípio, o *devido processo legal* é um *sobreprincípio*, ou seja, fundamento sobre o qual todos os demais direitos fundamentais repousam”.

Dentre os princípios inerentes ao Devido Processo Legal, temos as garantias do contraditório e ampla defesa, previstas no art. 5º, inciso LV, da CF/88 (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 2011 - internet): “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Para Bedê Jr. (2009, p. 129-130), “[...] a essência do princípio do contraditório residiria na garantia da discussão dialética dos fatos da causa, o que torna necessário que se assegure no processo a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados pelas partes”.

No processo penal, não há necessidade de contraditório na fase de investigação policial, visto que não está incluída no art. 5º, inciso LV, da Carta Magna, a exigência desta garantia em inquérito policial (FERNANDES, 2010). Contudo, na Ação Penal, é imprescindível sua observância.

O contraditório é composto de, pelo menos, dois elementos: o direito à informação e à participação.

O direito à informação é pressuposto da efetiva participação do acusado no processo, “[...] pois sem conhecimento da existência da demanda, dos argumentos da parte, não há possibilidade de defesa de direitos, impossibilitando, inclusive, a intervenção da parte *ex adversa* (...)” (BEDÊ JR., 2009, p. 133).

O direito à participação não é menos importante, pois não é suficiente que parte apenas saiba o que ocorre no processo, mas sim que também se manifeste, reaja, confronte, contrarie e contraponha a outra parte no que lhe achar conveniente (BEDÊ JR., 2009).

BEDÊ JR. (2009, p. 131) considera a existência de um terceiro elemento, consistente no

[...] direito de ver seus argumentos considerados, o que traz como inequívoca consequência o dever do julgador de tomar conhecimento, bem como de considerar as argumentações da parte, o que, na essência, deriva do princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

O Princípio da Ampla Defesa é complemento do Princípio do Contraditório, e ambos são indissociáveis. Moraes (2008, p. 106) ensina:

Por *ampla defesa* entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Mendes (2011, p. 496) defende que

Para o pleno exercício do direito de defesa é necessário o irrestrito acesso aos autos por parte do defensor do acusado, sob pena de conversão do processo judicial em feito inquisitorial, sem a proteção dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Por esta razão, ainda que o princípio do contraditório não incida na fase de inquérito policial, por força de interpretação do art. 5º, LV, da CF/88, o Pretório Excelso entende que deve haver amplo acesso aos autos de procedimentos dessa natureza (MENDES, 2011).

A defesa do acusado, para que seja plena, traz a necessidade não só de que haja uma defesa técnica, mas também que lhe seja garantida a autodefesa (TUCCI, 2009).

Tucci (2009, p. 158) conceitua por defesa técnica aquela que é

[...] efetuada por profissional legalmente habilitado, assume os caracteres da necessidade, da indeclinabilidade e da efetividade, delineando-se, portanto, inafastável, irrenunciável e imprescritivelmente suficiente, realizando-se, nesse derradeiro enfoque, com a outorga, ao interessado, da possibilidade de escolha de defensor.

Já a autodefesa é aquela que é exercida pelo próprio acusado, e que, segundo Fernandes (2010), se compõe basicamente de três garantias, a saber: direito de audiência, direito de presença e direito de postular pessoalmente.

O direito de audiência consiste na possibilidade de o próprio acusado apresentar defesa ao Juízo, através do interrogatório, onde expõe sua versão sobre os fatos que lhe são imputados (FERNANDES, 2010).

O direito de presença garante que o acusado possa acompanhar os atos de produção de prova, a fim de auxiliar seu defensor quanto à estratégia de defesa (FERNANDES, 2010).

A terceira garantia, referente ao direito de postular pessoalmente, ocorre em alguns momentos processuais, os quais Fernandes (2010, p. 264) expõe no excerto em tela:

No processo penal, há momentos em que se dá ao acusado ou sentenciado capacidade para postular, pessoalmente, em sua própria defesa: pode interpor recursos, impetrar *habeas corpus*, formular pedidos relativos à execução da pena, como o pedido para progressão de regime. Constituem hipóteses em que o acusado ou sentenciado dá, através de seu ato, o impulso inicial ao recurso, ao procedimento incidental, mas, logo em seguida, deve-se-lhe garantir a assistência de defensor.

A produção de prova é um direito fundamental inerente às partes no processo, tendo estreita ligação com o Princípio do Devido Processo Legal, e em especial, com as garantias da Ampla Defesa e do Contraditório.

Marinoni (1999, apud DIDIER, 2008, p. 24), sobre esta relação entre o

direito fundamental de produzir prova e a garantia do Contraditório, explica, com sabedoria:

O direito de produzir prova engloba o direito à adequada oportunidade de requerer a sua produção, o direito de participar da realização e o direito de falar sobre os seus resultados. No caso de prova determinada de ofício vale o mesmo, pois a parte não só tem o direito de sobre ela se pronunciar, mas também o direito de participar da sua realização. Quando o juiz determina a prova de ofício, ele se encontra, em respeito à exigência do contraditório, na mesma posição da parte. Evocando a proibição de fazer uso da ciência privada, poder-se-ia dizer que, à luz do contraditório, configura-se como ciência privada tudo o que for utilizado sem a prévia participação das partes.

No mesmo sentido, complementa Fernandes (2010, p. 72):

Liga-se o direito à prova estritamente aos direitos de ação e de defesa. De nada adiantaria assegurar a autor e réu o direito de trazer a juízo suas postulações se não lhes fosse proporcionada oportunidade no desenvolvimento da causa para demonstrarem suas afirmações. Apresenta, em decorrência de tal liame, a mesma natureza dos direitos de ação e de defesa, ou seja, a de um direito subjetivo público ou cívico.

Estas garantias devem ser preservadas não apenas na fase instrutória, onde mais claramente são visualizadas, mas também durante todo o processo penal.

2.3.3 Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz

O Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz, na esfera penal, está positivado em nosso ordenamento jurídico no art. 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal), 2011 - internet), a saber:

Art.155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Da leitura do supracitado artigo, depreende-se que o juiz é livre em seu convencimento e poderá escolher em qual das provas colhidas no curso do processo baseará sua decisão, em harmonia com o conjunto probatório amealhado em instrução.

A título de exemplo, Oliveira (2010, p. 353) citou que “[...] um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com outras provas”.

Segundo Lopes Jr. (2006., p. 286), esta liberdade de convencimento

[...] se refere à não submissão do juiz a interesses políticos, econômicos ou mesmo à vontade da maioria. [...], a legitimidade do juiz não decorre do consenso, tampouco da democracia formal, senão do aspecto substancial da democracia, que o legitima enquanto guardião da eficácia do sistema de garantias da Constituição na tutela do débil submetido ao processo.

Contudo, ainda que o convencimento do juiz seja livre, não há dispensa de motivação em suas decisões, à luz do Princípio da Motivação, previsto na Carta Magna de 1988 (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 2011 - internet), em seu art. 93, inciso IX, a saber:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Sobre a necessidade de motivação no processo penal, ensina Oliveira (2010, p. 353):

A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicitação. É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, 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.

Lopes Jr. (2006, p. 286) complementa que a motivação das decisões se faz necessária para que a mesma “[...] seja reconhecida como justa, e, por isso, respeitada”, afastando a sentença formada apenas da opinião do juiz, arbitrária e sem argumentação válida.

E referido autor (2006, p. 287), vai além, apresentando, no excerto abaixo, exemplos de limitações ao livre convencimento nas decisões judiciais:

A decisão de um juiz somente é legítima quando calcada na prova produzida no processo. Significa uma limitação ao que está nos autos e que lá tenha regularmente ingressado. Conduz, assim, ao rechaço total do substancialismo e também da admissão e valoração da prova ilícita.

De tudo o que foi exposto, verifica-se a existência de limites à busca da verdade real através do livre convencimento do juiz, quais sejam, a necessidade de motivação

baseada nas provas carreadas aos autos, proibição da fundamentação única e exclusivamente baseada em elementos de inquérito, proibição de apreciação da prova obtida ilicitamente, dentre outros exemplos (LOPES JR., 2006).

Grinover (2010, p. 123) afirma ser um equívoco considerar a verdade real como pressuposto da liberdade absoluta do juiz, visto que a verdade a ser produzida no processo, antes de ser uma verdade absoluta, deve ser “[...] uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida”.

Cumprido salientar que o princípio do livre convencimento motivado não se aplica ao instituto do Tribunal do Júri, haja vista que os jurados não precisam fundamentar suas decisões e baseiam-se apenas na íntima convicção para proferir seus veredictos.

2.3.4 Breves considerações iniciais ao Princípio da Inadmissibilidade da Prova Ilícita

O Princípio da Inadmissibilidade da Prova Ilícita está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, no rol de direitos e garantias fundamentais, a saber: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 2011 - internet).

Moraes (2008, p. 109) diferencia, com sabedoria, as provas ilícitas daquelas denominadas ilegítimas, e, ainda, afirma serem estes dois tipos de prova espécies de provas ilegais:

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.

Este princípio, ao qual a Constituição Federal não abre exceções (ao menos é o que se retira da leitura literal do mesmo), constitui-se como uma restrição significativa ao livre convencimento do magistrado, pois este, absolutamente, não poderia valorar este tipo de prova para formação de seu convencimento, sob pena de nulidade da sentença.

O tema não deixa de ser polêmico, visto que, até recentemente, não há consenso quanto à admissibilidade de uma prova maculada pela ilegalidade de sua obtenção.

Segundo Moreira (1997, p. 109), existem, ao menos, duas teses consideradas radicais acerca do tema:

[...] manifestaram-se a tal respeito duas teses radicais. De acordo com a primeira, deve prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtrai à prova e o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz, a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Já para a segunda, o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.

Como atenuante destas duas teses antagônicas, tem-se a tese que passa a admitir a aplicação do Princípio da Proporcionalidade em casos de excepcional gravidade, onde as provas obtidas por meios ilícitos poderiam ser valoradas. Isto porque “[...] nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização” (MORAES, 2008, p. 111).

As reformas no Código de Processo Penal, promovidas pela Lei n. 11.690, de 2008, no tocante às provas, trouxeram em lei infraconstitucional o Princípio da Inadmissibilidade da Prova Ilícita, em seu art. 157, *caput* (BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal), 2011 - internet): “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

A questão da inadmissibilidade das provas ilícitas à luz do Princípio da Proporcionalidade será tratada de forma mais aprofundada no próximo capítulo deste estudo.

3 DIREITO E RESTRIÇÕES À PROVA

3.1 A QUESTÃO DA PROVA ILÍCITA NO DIREITO COMPARADO

Antes que se adentre à temática da prova ilícita no direito pátrio, necessário se faz uma análise da matéria no direito comparado, visto inspirar sobremaneira a posição adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiramente, discorrer-se-á sobre a abordagem de alguns dos países pertencentes à família de direitos romano-germânica (Itália, Alemanha); após, à interpretação dos Estados Unidos da América, em contraponto à Inglaterra, ambos países adeptos à *common law*.

3.1.1 Itália

O caso *Vigo X Formenti*, datado de 1880, e julgado no Tribunal de Apelação de Milão, foi pioneiro em tornar ilegítima a utilização de cartas alheias, surrupiadas de outrem, como elemento de prova (AVOLIO, 2010).

A exceção se daria em casos de delitos de natureza grave, onde o juiz sopesaria sua admissão, analisando a validade e o peso do documento obtido ilegitimamente (CASTRO, 2007).

Imaginou-se que, com a entrada em vigor da nova Constituição italiana, passariam a ocorrer mudanças significativas na interpretação deste tema; contudo, a doutrina e a jurisprudência, por muitos anos, permaneceram vinculadas ao entendimento anterior (AVOLIO, 2010).

Grande maioria dos juristas italianos da época defendia a inadmissibilidade da prova ilícita, como, por exemplo, Allório e Nuvolone; este último jurista criticava ferozmente a posição de um terceiro jurista, Cordero, defensor da admissibilidade da prova ilícita, com exceção dos casos em que a mesma fosse vedada ou violasse regra processual (CASTRO, 2007).

Utilizando-se dos argumentos da “busca da verdade real” ou da “defesa da sociedade”, a prova ilícita vinha sendo admitida, até que, em 1988, com a promulgação do Código de Processo Penal italiano, houve menção expressa à inutilização da prova ilícita

(AVOLIO, 2010).

A primeira parte do dispositivo compartilha da opinião de Cordero, no sentido de inutilizar as provas em desacordo com a norma processual. Já a segunda parte remete à regra de exclusão, que se dá na interpretação una do ordenamento jurídico italiano, reservada ao juiz, levando à inadmissibilidade da prova ilícita, porém, em termos não-absolutos (AVOLIO, 2010).

3.1.2 Alemanha

A discussão que vinha se delineando na Alemanha girava em torno dos valores humanos, concentrando-se principalmente no Processo Penal, visando a garantir os direitos invioláveis do investigado/réu (AVOLIO, 2010).

Em 1950, foi introduzido o § 136, a, da *Strafprozeßordnung*, que visava retirar expressamente do ordenamento jurídico alemão tudo o que pudesse consistir em violação ao corpo do indivíduo (maus-tratos, sofrimentos físicos...) e também à moral, ou que passasse a exercer pressões por vantagens ilícitas. Dentro desse contexto se inseriu, explicitamente, a proibição da prova ilícita, em respeito à dignidade da pessoa humana (AVOLIO, 2010).

Diante de uma norma tão abrangente, os juristas passaram a ter problemas para subsumir o verdadeiro significado do texto legal, dirigindo-a então apenas aos Poderes Públicos, e excluindo da abrangência da norma os particulares. Então, se um particular viesse a empregar meios ilícitos para obtenção de provas, isto não as tornaria inutilizáveis no processo (AVOLIO, 2010).

Em 1954, o entendimento alemão foi modificado por decisão que corrigiu os desvios que a interpretação dos juízes vinha trazendo, estendendo a proteção do dispositivo às causas penais e civis, bem como às relações entre particulares, e permitiu explicitamente fossem deduzidas da própria norma constitucional proibições à prova, independentemente da existência de legislação ordinária (AVOLIO, 2010).

A tese da inadmissibilidade da prova ilícita, para a doutrina alemã, não é absoluta; este país reconhece a aplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade ao caso concreto, visando ao sopesamento dos princípios em conflito (CASTRO, 2007).

3.1.3 Grã-Bretanha e Estados Unidos da América

A Inglaterra e os Estados Unidos da América são países pertencentes à família de direitos da *common law*; contudo, adotaram posições diferentes acerca da questão da prova ilícita, conforme se verá a seguir.

Para os britânicos, as provas serão válidas quando relevantes. O direito inglês, que tem como principal fonte o costume, objetiva a descoberta da verdade material; a forma como a prova é produzida não muda a realidade dos fatos. Desta feita, a polícia pode utilizar-se dos métodos necessários à obtenção da prova da autoria e da materialidade do delito. O juiz é quem fará o juízo de admissibilidade da prova obtida, ou seja, exerce seu poder discricionário nesta seara (CASTRO, 2007).

Já nos Estados Unidos da América, a jurisprudência vem caminhando no sentido de aplicar a doutrina de exclusão e dos frutos da árvore envenenada; ambas eliminam a possibilidade de valoração da prova ilicitamente obtida, direta ou indiretamente, ainda que tenham objetivado (e/ou conseguido) descobrir a autoria ou a materialidade de um crime (CASTRO, 2007).

Estas doutrinas vêm de construções jurisprudenciais que, caso a caso, foram garantindo a inviolabilidade dos direitos individuais, de forma geral. O caso *Mapp v. Ohio* determinou fosse estendida a regra de exclusão a todos os demais Estados da Federação, ainda que cada Estado tenha autonomia para aplicar a *common law* a sua maneira. O caso *Miranda v. Arizona* garantiu o privilégio de o investigado não precisar se auto-incriminar (CASTRO, 2007).

Trata-se de decisões jurisprudenciais que visam a garantir o que dispõe a Constituição Federal do país, e que acabam por vincular os demais Estados da Federação, diante da competência da Suprema Corte Americana de julgar casos de diversos Estados (CASTRO, 2007).

Diz Avolio (2010, p. 62) que

De um modo geral, a jurisprudência da Suprema Corte Americana considera ilegalmente obtida a prova quando ocorrer violação às Emendas Constitucionais IV, V, VI e XIV, que tratam, em síntese, respectivamente: do direito do povo à segurança de suas pessoas, casas, papéis e pertences contra registros, arrestos e sequestros “desarrazoados”; da necessidade de acusação formalizada, das garantias da coisa julgada, do *habeas corpus*, do *nemo tenetur se detegere* e do *due process of law*; do direito a um julgamento rápido e público perante juiz imparcial e natural; e da liberdade dos Estados de reformarem suas leis procedimentais, vinculada ao

respeito, no fundo e na forma, à garantia do devido processo legal.

Estes limites à obtenção da prova são aplicáveis aos Poderes Públicos; contudo, importante parcela da doutrina e da jurisprudência denota serem aplicáveis, de igual modo, aos particulares (AVOLIO, 2010, p. 62).

Em suma, nos Estados Unidos, a prova é admitida, se não estiver abrangida nas hipóteses da doutrina de exclusão ou dos frutos da árvore envenenada, quais sejam, que, primeiramente, as provas obtidas ao arripio da lei não sejam consideradas, e, aquelas inicialmente lícitas, mas advindas de prova ilícita, igualmente não sejam admitidas.

3.2 A PROVA ILÍCITA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como explicitado no capítulo anterior, o art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil proíbe a utilização de prova produzida por meios ilícitos no processo. O art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal regula a matéria de forma mais específica, trazendo em seu bojo a previsão do desentranhamento e inutilização de prova declarada inadmitida (BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal), 2011 - internet).

Contudo, ainda que esteja prescrita expressamente a inadmissibilidade da prova ilícita nestes dois diplomas legais, esta temática encontra-se longe de encontrar pacificidade, visto que os doutrinadores divergem quanto a terminologias, correntes doutrinárias pela admissibilidade (ou não), dentre outros aspectos relevantes.

3.2.1 Prova ilegal, prova ilícita e prova ilegítima (?)

A primeira divergência se dá quanto à nomenclatura dada às provas inadmissíveis. É comum que haja confusão quanto aos termos empregados, pois, apesar da sinonímia entre o que é ilegal, ilícito e ilegítimo (no sentido literal/gramatical da palavra), isto não se verifica quando são empregadas na temática da prova, apresentando sentidos distintos (CASTRO, 2007).

Além do equívoco de se considerar prova ilegal sinônimo de prova ilícita e ilegítima, também não há consenso na doutrina quanto às variações terminológicas existentes. Por exemplo, Moraes defende a diferenciação das provas entre ilegais, ilegítimas e ilícitas

(2008, p. 109); já Castro utiliza as terminologias ilícita, ilegítima e imoral (2007). Nery Júnior (1997, apud CASTRO, 2007, p. 83) diz que a prova pode ser ilícita em sentido material e em sentido formal.

Ainda que não haja identidade entre as terminologias utilizadas pelos doutrinadores, verifica-se que os sentidos dados a elas são os mesmos; para facilitar a compreensão, serão condensados.

A prova *ilícita*, para Moraes (2008), é aquela que viola direito material; coaduna com o sentido apresentado por Nery Júnior (1997, apud CASTRO, 2007, p. 83), que afirma ser *a prova ilícita em sentido material* aquela que “[...] deriva de um ato contrário ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório” .

A prova *ilícita em sentido formal*, para Nery Júnior (1997, apud CASTRO, 2007, p. 83), ocorre quando “[...] a prova decorre de forma ilegítima pela qual ela se produz, muito embora seja lícita sua origem. A ilicitude material diz respeito ao momento formativo da prova; a ilicitude formal, ao momento introdutório da mesma”. Moraes (2008) chama este tipo de prova de *ilegítima*.

Já as provas imorais, terminologia apresentada por Castro (2007) remetem ao que diz o Código de Processo Civil, em seu art. 332, quanto à produção de prova: devem ser utilizados os meios legais e *moralmente* legítimos. É semelhante à conclusão referendada por Moraes (2008) quanto às provas *ilegais*, no sentido de que as provas ilícitas e ilegítimas têm o elemento comum de violar a legalidade, fazendo então parte do gênero de provas ilegais.

3.2.2 Correntes doutrinárias: admissibilidade x inadmissibilidade da prova ilícita

A segunda divergência se dá quanto à admissibilidade ou não da prova ilícita no processo, e esta controvérsia se dá de duas formas: a primeira, no que tange à admissibilidade ou não de qualquer prova, ou seja, retorna-se ao início da discussão quanto às formas de ingresso da prova no processo. A segunda, tocante à admissibilidade ou não de uma prova que não esteja contemplada na legislação; diante de uma lacuna no ordenamento, como agir diante das provas ilícitas produzidas?

Quanto à primeira forma, temos hoje duas acepções: pela admissibilidade da prova ilícita, e, *contrario sensu*, pela sua inadmissibilidade.

Aqueles que defendem a admissibilidade da prova ilícita no processo trabalham no sentido de conceder ao princípio da busca da verdade real e do livre convencimento motivado do magistrado uma importância maior, em detrimento das liberdades públicas (BEDÊ JÚNIOR, 2009).

Sob o pretexto de que o interesse da Justiça prevalece a fim de que se encontre o culpado pelo delito investigado, não obstante se apliquem sanções aos responsáveis pelas provas obtidas ilicitamente, alguns doutrinadores norte-americanos, como, p. ex., Wigmore e Fleming, defendiam a utilização destas provas, alegando que um culpado nas ruas é muito mais relevante que uma prova ilícita que o acuse (AVOLIO, 2010).

Alguns doutrinadores italianos, como Cordero, são menos radicais ao admitir que provas inadmissíveis “por si mesmas”, ou que violem normas processuais, devam ser afastadas do processo. Contudo, na prática, a última análise de admissibilidade era do magistrado, que, com base na gravidade do crime, acabava por admiti-la (AVOLIO, 2010).

Em síntese, aqueles que defendem/defendiam a admissibilidade da prova ilícita no processo, baseiam-se, mormente nos princípios da busca da verdade real e do livre convencimento motivado do magistrado, preocupando-se, também, com o clamor social pela punição dos delitos, a fim de repassar segurança à população em geral e fazer valer a lei penal. O único limite imposto ao ingresso destas provas aos autos se daria caso a prova em questão fosse proibida pela lei processual vigente (AVOLIO, 2010).

Atualmente se vê um apego maior à construção doutrinária que defende a inadmissibilidade da prova ilícita, conforme explicitado supra, na explanação atinente ao direito comparado; o Brasil também se vincula a esta corrente, e Bedê Júnior. (2009, p. 49) apresenta algumas razões para este fato:

A evolução do direito e o estabelecimento de um padrão mínimo de conduta por parte do Estado são os responsáveis pela opção da Constituição de 1988 por colocar como direito fundamental, expresso no art. 5º, que as provas obtidas por meios ilícitos não podem ser utilizadas no processo.

Fernandes (2010, p. 83) complementa que

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos.

Daí decorre a importância da previsão constitucional de inadmissibilidade da prova ilícita no ordenamento brasileiro, para a preservação dos direitos fundamentais do investigado/acusado e determinação de que a conduta de “produzir prova por meios ilícitos” não deve ser considerada para fins de condenação do réu.

O segundo problema atinente à admissibilidade/inadmissibilidade da prova ilícita é intimamente relacionado com a determinação/indeterminação da conduta de produzir prova ao arpejo da lei, no âmbito processual. O Brasil, conforme se apreendeu, determinou, em seu art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 2011 - internet), a proibição da produção de prova fora dos padrões materiais e formais da lei. Mas, e quando a lei processual é omissa, como proceder?

Formaram-se, ao menos, quatro correntes sobre o tema, a saber.

A primeira corrente, defendida por doutrinadores como Cordero, Tornaghi e Mendonça Lima, se resume na admissão da prova ilícita quando a mesma não é proibida pela lei processual, com a ressalva de que ocorrerá a persecução penal aos agentes, caso eventualmente tenha ocorrido algum crime para sua obtenção (CASTRO, 2007).

Já juristas como Nuvolone, Frederico Marques, Fragozo e Pestana da Aguiar afirmam que “[...] o ordenamento jurídico é uma unidade e, assim, não é possível consentir que uma prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, possa ser aceita no âmbito processual” (FERNANDES, 2010, p. 82).

Cappelletti, Vigoriti e Comoglio dizem, pura e simplesmente, que provas em violação a normas constitucionais são inadmissíveis pelo fato de serem inconstitucionais (CASTRO, 2007).

Por fim, os autores Baur, Barbosa Moreira, Renato Maciel, Hermano Durval, Camargo Aranha e Moniz Aragão admitem sejam colhidas provas que violem norma constitucional em casos muito especiais, mormente quando os valores a serem protegidos sejam mais relevantes do que aqueles que a proibição da prova ilícita protege (FERNANDES, 2010).

A tendência é de que a prova produzida por meios ilícitos seja vedada em sua plenitude; contudo, há forte discussão no sentido de se permitir a utilização, em cada caso concreto, e em circunstâncias muito especiais, do princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade, para os autores que admitem serem os dois princípios sinônimos).

Sobre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o próximo subtítulo tratará com maior especificidade suas origens, pontos em que convergem e divergem, e suas implicações ao tema da prova ilícita, onde vêm ganhando enorme importância, mormente no que tange à sua aplicação a cada caso concreto.

3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO À PROVA ILÍCITA

O princípio da proporcionalidade, no ordenamento jurídico brasileiro, advém da experiência de outros países, em especial, da Alemanha e dos Estados Unidos da América. Estes dois países, pertencentes a famílias de direitos completamente diferentes, contribuíram, à sua maneira, à construção dos fundamentos deste princípio, conforme se verá a seguir (PEIXOTO, 2004).

3.3.1 Origens e fundamentos

No início do século XX, nos EUA, com o surgimento de leis protecionistas aos Direitos Sociais, vislumbrou-se a necessidade de contenção das interferências do legislador consideradas “não razoáveis, arbitrárias e desnecessárias”, já que o Estado americano era, essencialmente, liberal, e as intervenções estatais deveriam ser as mínimas possíveis (PEIXOTO, 2004).

Pode-se dizer, então, que o Princípio da Proporcionalidade, neste país, teve motivação ideológica, originariamente reacionária e conservadora, mas que, posteriormente, acabou por livrar-se de seu caráter ideológico, passando a ser adotado como técnica constitucional de interpretação (PEIXOTO, 2004).

Desta forma, referido princípio “[...] surgiu sob a forma/critério do juízo de 'razoabilidade' – corolário do *due process of law substantive* (devido processo legal substancial)”, diferentemente da Alemanha, onde passou a ser aplicado lentamente e de forma ponderada (PEIXOTO, 2004).

Na Alemanha, o Princípio da Proporcionalidade era aplicado essencialmente no âmbito do Direito Administrativo, “[...] onde servia como parâmetro para a utilização do poder de polícia e as intervenções estatais na esfera jurídica individual”. Após, emigrou ao Direito Constitucional. É possível afirmar que seu surgimento se deu de forma autônoma,

ainda que tímida, através dos casos *Luth-Urteil* e *Apotheken-Urteil* (PEIXOTO, 2004).

A decisão do Tribunal Constitucional Alemão, em 1971, do caso *Erdölbevorratung*, fixou os alcances e abrangências do princípio como critério de sopesamento, que, anteriormente não eram claros e únicos, no sentido de fixar os subcritérios de adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu* (PEIXOTO, 2004).

Para Dimoulis (2007, p. 206), “[...] adequado será um meio se houver uma conexão fundada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica entre o estado e coisas conseguido pela intervenção e o estado de coisas no qual o propósito puder ser considerado realizado”.

Para referido autor, no que tange ao subcritério da necessidade, este seria o critério decisivo, pois pode controlar, de forma mais profunda e exigente, a proporcionalidade do meio empregado. A adequação traz em seu bojo diversos meios de intervenção, e sua aplicação, por si só, pode acabar por aplicar medidas desproporcionais; por isso o dever de se analisar a necessidade da medida (2007).

Há necessidade da medida quando satisfeitas as condições de que o meio empregado seja “[...] o menos gravoso para o titular do direito que sofre a limitação de seu direito fundamental”, bem como tenha “[...] eficácia semelhante ao meio escolhido pela autoridade estatal, que passou pelo crivo da adequação, podendo alcançar o estado de coisas onde o propósito possa ser considerado realizado” (DIMOULIS, 2007, p. 215).

Já a proporcionalidade *strictu sensu*, para Alexy (2008, p. 593), é idêntica à lei de sopesamento, que assim dispõe: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. Ou seja, o autor defende que proporcionalidade em sentido estrito nada mais é que o próprio sopesamento, e este se dá da seguinte forma:

A lei de sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio (ALEXY, 2008, p. 594).

Este autor defende a racionalidade da proporcionalidade, afirmando que há possibilidade de impôr limites ao Estado de forma racional, com a existência de uma escala de intervenções, que poderiam ser leves, moderadas e sérias. Este argumento refutaria a tese

apresentada por Habermas, que afirma ser o sopesamento permissivo, pela falta de parâmetros racionais (2008).

Contudo, para Dimoulis (2007, p. 229-230), “[...] a proporcionalidade *stricto sensu* é uma construção irracional, dada a impossibilidade jurídica de quantificar e comparar os direitos fundamentais, decidindo qual possui maior 'peso' no caso concreto”. Este autor defende a não-utilização deste subcritério, afirmando que o mesmo faz com que o Poder Judiciário decida politicamente, função que pertence ao Poder Legislativo.

Feitas estas breves considerações acerca dos subcritérios germânicos, em suma, o princípio da proporcionalidade surgiu na Alemanha, enquanto que o princípio da razoabilidade teve suas origens nos Estados Unidos da América, e ambos têm fundamentos e finalidades diversas, justamente em razão da forma como foram criados (PEIXOTO, 2004).

O Brasil, influenciado por ambos os princípios (proporcionalidade e razoabilidade), aborda-os de forma peculiar; o STF os considera sinônimos, conforme será analisado no tópico seguinte (PEIXOTO, 2004).

3.3.2 O Princípio da Proporcionalidade na realidade brasileira

O Princípio da Proporcionalidade, no Brasil, foi construído lentamente a partir da jurisprudência, em especial, de decisões do Pretório Excelso, pois, apesar de a Constituição da República Federativa do Brasil contemplar expressamente, em diversos artigos, a utilização de critérios da proporcionalidade, referido Princípio não é expresso literalmente na Constituição, a fim de limitar os abusos cometidos pelo legislador (PEIXOTO, 2009).

É possível concluir, desta feita, que a máxima da proporcionalidade é princípio implícito à Carta Magna, e seu reconhecimento se deve à construção doutrinária e à sua confirmação mediante jurisprudência constitucional (PEIXOTO, 2009).

A construção do Princípio da Proporcionalidade no ordenamento pátrio se deu por forte influência da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, e, em seu momento último, aplicação ao lume da jurisprudência alemã, com adaptações à realidade brasileira (PEIXOTO, 2009).

No STF, passada a primeira metade do séc. XX, diversos foram os julgados que declararam a inconstitucionalidade de normas jurídicas por violarem critérios de

razoabilidade, sob forte influência estadunidense. Peixoto (2009) explana, em breve síntese, como se deu a mudança paulatina de abordagem dos julgados do STF acerca do tema, no excerto abaixo:

Nesse diapasão, após este verdadeiro arauto dos pronunciamentos jurisdicionais censuradores dos excessos legislativos (que não fala de “razoabilidade” e nem de “proporcionalidade”, mas admite que os “excessos inespecíficos” do legislador podem ser controlados judicialmente), a jurisprudência do STF foi encetando de forma vagarosa uma seta de indicação da utilização de mecanismos de diminuição dos abusos legislativos, sendo que tal tendência vem a se consolidar, principalmente, no final dos anos oitenta e começo dos anos noventa, quando a influência da jurisprudência estadunidense foi determinante para a consolidação de declarações de inconstitucionalidade por malferição ao “princípio da razoabilidade”.

Nesse período explanado supra pelo referido autor, importante decisão do Supremo Tribunal Federal definiu a origem material do Princípio da Razoabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. As ADI's n. 9664 e 958-3, julgadas em 1994, além de declararem a inconstitucionalidade das normas impugnadas, definiram decorrer do Devido Processo Legal Substancial (*substantive due process of law*) a máxima da razoabilidade (PEIXOTO, 2009).

Após estas decisões, diversos conflitos semelhantes restaram solvidos pelo critério da razoabilidade, sob a égide de violação ao devido processo legal substancial. Atualmente, é pacífica a possibilidade de utilização de critérios de razoabilidade para limitar a atuação do legislador; contudo, denota-se que esta construção se deu, quase que exclusivamente, sob influência da Suprema Corte Estadunidense, que, na prática, desconhecia o Princípio da Proporcionalidade germânico (PEIXOTO, 2009).

Mais tarde, o Pretório Excelso passou a adotar o Princípio da Proporcionalidade como sinônimo de Razoabilidade, e, expressamente, declarou que a proporcionalidade advém, igualmente, do Devido Processo Legal Substancial, podendo ser igualmente utilizado para conter os excessos do legislador (PEIXOTO, 2009).

Sampaio (2002, p. 819-820) traz à baila as formas que, atualmente, o princípio da razoabilidade têm tomado nas decisões do STF, a saber:

O princípio da razoabilidade tem sido usado pelo Supremo Tribunal Federal como pauta contra a arbitrariedade administrativa e do legislador, ora sob a forma de um simples mandado objetivo de justificação das distinções que promovem no âmbito de situações fáticas aparentemente semelhantes ou equivalentes ou para exceções a direitos fundamentais; ora como requisito de coerência da medida em relação ao sistema constitucional; ora como princípio geral da proporcionalidade ou como alguma de suas máximas; ora ainda como apelo à realidade ou à natureza das coisas,

segundo 'a presunção do que normalmente acontece'.

Vejamos, de forma sucinta, cada uma destas formas.

O princípio da razoabilidade é utilizado como *mandado de justificação das distinções*, no sentido de justificar tratamentos diferenciados pelo legislador ou pela própria administração, afirmando objetivamente a inexistência de discriminação e malferição à igualdade, em especial. Substituem-se argumentos mais claros e justificantes pela razoabilidade, sucintamente ou visando a preencher o vazio entre o relatório e o dispositivo, no sentido de que a razoabilidade é evidente o suficiente e dispensa maiores explicações (SAMPAIO, 2002).

A razoabilidade como *proporcionalidade em sentido geral* é modelo de verificação do regular exercício do poder normativo estatal pelos subcritérios da necessidade, adequação e proporcionalidade, e é utilizado, basicamente, para aferir a *coerência interna da lei*; segundo Sampaio (2002, p. 821), “[...] uma lei não pode ser suicida em sua formulação, havendo de ser clara e internamente coerente”.

Além disso, a razoabilidade, nesta forma de utilização, aparece para adequar os meios escolhidos pelo legislador para concretização dos fins propostos. É a razoabilidade como *congruência ou adequação entre meios e fins*, que está estritamente ligada com a *proibição do excesso*, consistente em impedir intervenções legislativas que sejam desproporcionais à consecução dos fins propostos, bem como onerosas demais. No âmbito penal, esta última utilização se extrai do princípio da insignificância jurídica do ato típico (SAMPAIO, 2002).

A razoabilidade como *correspondência com os fatos, com a realidade ou a natureza das coisas*, segundo Sampaio (2002, p. 826), consiste na

[...] correspondência que deve existir entre a disciplina legal ou a sua justificativa e o âmbito material de incidência, os fatos e as situações por ela pressupostos ou a sua configuração na realidade, sem que se possa falar em distorção dos fatos ou da natureza das coisas.

É o que liga a razoabilidade aos fatos comuns da vida, e, apesar de não ser tão explícita, não é menos importante que as demais formas de utilização do princípio.

Por fim, temos a razoabilidade como *coerência da medida com o sistema constitucional, sobretudo com requisitos ou condições de sua existência ou de seu exercício*. Como a própria definição diz, deve a norma estar de acordo com a Constituição (SAMPAIO,

2002, p. 827-828).

Tecidas estas observações gerais acerca do princípio da razoabilidade/proporcionalidade e suas várias formas de utilização pelo Supremo Tribunal Federal, impende trazer a este estudo a aplicação dos sinônimos princípios ao processo penal, precipuamente, em matéria de prova ilícita. É do que tratará o próximo item.

3.3.3 A aplicação do Princípio da Proporcionalidade à prova ilícita

Ao Poder Público é proibido agir de forma imoderada, em decorrência de sua forte vinculação ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade. Os atos estatais devem passar pelo crivo deste princípio, utilizado largamente com o objetivo de conter os excessos do Estado, conforme visto anteriormente neste estudo.

Resta saber qual a influência do princípio da proporcionalidade no processo penal, pontualmente no que tange à prova ilícita.

De acordo com a doutrina e jurisprudência pátrias, a discussão gira, essencialmente, em torno de dois principais aspectos: a possibilidade de admissão da prova ilícita em favor do réu, e a possibilidade de admissão da prova ilícita em favor da sociedade.

3.3.3.1 A admissibilidade da prova ilícita *pro reo*

O art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, atinente à proibição da prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro, é dispositivo limitador do direito de punir estatal, e, em razão desta interpretação, denota-se que pode o magistrado fundar-se em uma prova ilícita para proferir sentença em favor do réu (LIMA, 2011).

A doutrina e a jurisprudência pátrias, em razão do princípio da proporcionalidade, vêm admitindo a utilização de prova obtida por meios ilícitos se a mesma beneficiar o réu (LIMA, 2011).

Isto porque, segundo preleciona LIMA (2011, p. 919),

Entende-se que o direito de defesa (CF, art. 5º, inc. LV) e o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, inc. LVII) devem preponderar no confronto com o direito de punir. De fato, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos. Noutra giro, ao Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia acarretar a impunidade do verdadeiro culpado.

Avolio (2010, p. 80) complementa, no sentido de que, nesses casos, “[...] tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas de justificação legais da antijuridicidade, como a legítima defesa”.

Lima (2011, p. 920) de igual forma, compreende que “[...] sua atuação não seria ilícita, eis que amparada pela legítima defesa, daí por que não seria possível concluir pela ilicitude da prova”.

Importante frisar que a prova ilícita produzida pelo réu para defendê-lo apenas a ele pode aproveitar, não podendo ser utilizada para acusar ninguém, visto que continua sendo prova ilícita (LIMA, 2011).

Contudo, Feitoza (2010, p. 731) adverte:

A legalidade, enquanto garantia constitucional de direitos fundamentais, pode ser flexibilizada exatamente para favorecer os direitos fundamentais, do que decorre a possibilidade de utilização de provas ilícitas *pro reo*. Todavia, por um lado, isso não pode acarretar um incentivo ao réu para que obtenha provas por meios ilícitos, o que contradiria a própria ideia de a ineficácia das provas ilícitas dissuadir futuras violações de direitos fundamentais, e, por outro lado, tampouco há garantia de veracidade de prova ilícita produzida *pro reo*.

Daí decorre a importância da utilização do princípio da proporcionalidade nestes casos, para evitar que ocorram excessos que tornem vazia a disposição prevista no art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal.

Outra, e não menos importante questão que se apresenta acerca do tema seria a possibilidade de utilização, pelo réu, como única maneira de inocentá-lo, de uma prova a que se teve acesso com o uso da tortura.

Lima (2011, p. 920-921) defende que “[...] a situação é bem diferente de uma gravação ou interceptação telefônica ilícita”. Isto porque não há como aferir a veracidade de uma informação obtida mediante tortura, diferentemente de uma gravação clandestina, onde o conteúdo grampeado tem valor de verdade; por esta razão, este autor defende ser impossível o aproveitamento de uma prova ilícita advinda de tortura.

3.3.3.2 A admissibilidade da prova ilícita *pro societate*

Enquanto que, no que tange à prova ilícita *pro reo*, há pacificidade doutrinária e jurisprudencial no sentido de admiti-la, o mesmo não se pode dizer da prova ilícita *pro societate*, onde há enorme controvérsia.

Alguns doutrinadores, como Barbosa Moreira, defendem que é possível a utilização das provas obtidas por meios ilícitos em benefício da sociedade, nos casos em que se tratar de crimes organizados, aplicando o princípio da isonomia, a fim de estabilizar a equidade entre as partes (LIMA, 2011).

Feitoza (2010, p. 731), diferentemente de Barbosa Moreira, defende que a utilização da prova ilícita *pro societate* deve ser admitida de forma restrita, conforme se retira do excerto abaixo:

Somente em situações extremas e excepcionais se pode admitir a utilização de prova ilícita *pro societate*, pois, do contrário, o Estado estaria sendo incentivado a violar direitos fundamentais, o que iria frontalmente contra a própria noção de provas ilícitas, que foram originariamente idealizadas e instituídas exatamente para dissuadir o Estado de violar direitos fundamentais.

Importante julgado que relativizou a inadmissibilidade da prova ilícita em prol da sociedade foi exarado no HC n. 70.814/SP, cuja ementa segue abaixo:

HABEAS CORPUS – ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO – OBSERVÂNCIA – ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO – UTILIZAÇÃO DE CÓPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS – PRETENDIDA ANÁLISE DE PROVA – PEDIDO INDEFERIDO.

– A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei.

– A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal.

– **A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (GRIFEI).**

– O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 70.814/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2011 - internet).

Na hipótese, houve violação da correspondência de presos de alta periculosidade, onde se descobriu a existência de um plano de fuga e posterior sequestro de um juiz de direito. A defesa alegou que o conteúdo da carta não deveria ser utilizado como

fundamento da sentença, visto ter ocorrido violação sem prévia autorização judicial.

O Pretório Excelso concluiu pela excepcional possibilidade de violação de cartas por razões de segurança pública, disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, utilizando-se da proporcionalidade, para ponderar quais interesses deveriam prevalecer, se o da inviolabilidade de correspondência, ou a vida do juiz de direito e a segurança do presídio.

Contudo, atualmente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores não admite a utilização das provas ilícitas *pro societate*, fundadas no princípio da proporcionalidade (LIMA, 2011).

Lima (2011). afirma que este entendimento prevalece em razão de que

[...] admitir-se a possibilidade de o direito à prova prevalecer sobre as liberdades públicas, indiscriminadamente, é criar um perigoso precedente em detrimento da preservação de direitos e garantias individuais: não seria mais possível estabelecer-se qualquer vedação probatória, pois todas as provas, mesmo que ilícitas, poderiam ser admitidas no processo, em prol da busca da verdade e do combate à criminalidade, tornando letra morta o disposto no art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal.

Importante frisar que o Supremo Tribunal Federal, *a posteriori*, ao julgar o HC n. 79.512/RJ, admitiu a utilização do princípio da proporcionalidade no que tange à prova ilícita, em *casos extremos de necessidade inadiável e incontornável* (LIMA, 2011, p. 924).

Prova: alegação de ilicitude da obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresa – compreendidos no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio – e de contaminação das provas daquela derivadas: tese substancialmente correta, prejudicada no caso, entretanto, pela ausência de qualquer prova de resistência dos acusados ou de seus prepostos ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa ou sequer de protesto imediato contra a diligência.

1. Conforme o art. 5º, XI, da Constituição – afora as exceções nele taxativamente previstas (“**em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro**”) só a “**determinação judicial**” autoriza, e durante o dia, a entrada de alguém – autoridade ou não – no domicílio de outrem, sem o consentimento do morador.

1.1 Em consequência, o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional do domicílio, a prerrogativa a auto-executoriedade.

1.2 Daí não se extrai, de logo, a inconstitucionalidade superveniente ou a revogação dos preceitos infraconstitucionais de regimes precedentes que autorizam a agentes fiscais de tributos a proceder à busca domiciliar e à apreensão de papéis; essa legislação, contudo, que, sob a Carta precedente, continha em si a autorização à entrada forçada no domicílio do contribuinte, reduz-se, sob a Constituição vigente, a uma simples norma de competência para, uma vez no interior da dependência domiciliar, efetivar as diligências legalmente permitidas: o ingresso, porém, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização

judicial prévia.

1.3 Mas, é um dado elementar da incidência da garantia constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao questionado ingresso de terceiro: malgrado a ausência da autorização judicial, só a entrada **invito domino** a ofende, seja o dissenso presumido, tácito ou expresso, seja a penetração ou a indevida permanência, clandestina, astuciosa ou franca.

1.4 Não supre ausência de prova a falta de autorização ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa o apelo à presunção de a tolerância à entrada ou à permanência dos agentes do Fisco ser fruto do **metus publicae potestatis**, ao menos nas circunstâncias do caso, em que não se trata das famigeradas “**batidas**” policiais no domicílio de indefesos favelados, nem sequer se demonstra a existência de protesto imediato.

2. Objeção de princípio – em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal – à tese aventada de que a garantia constitucional da inadmissibilidade de prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte – salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável – a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 79.512/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 2011 – internet).

Neste julgado, verificou-se que o legislador constituinte, ao ponderar os valores, escolheu pela inadmissibilidade da prova ilícita. Todavia, a regra não é absoluta, podendo ser relativizada em “casos extremos de necessidade inadiável e incontornável”, de onde se denota a possibilidade, ainda que remota, da utilização do princípio da proporcionalidade pelo magistrado (LIMA, 2011, p. 924).

Como última observação acerca das provas ilícitas *pro societate*, a defesa das liberdades públicas fundamentais (legítima defesa) pela vítima de um delito não se trata de uma hipótese de aceitação de provas ilicitamente obtidas em desfavor dos acusados (MORAES, 2008).

Para Moraes (2008, p. 114),

[...] as liberdades públicas não podem ser utilizadas como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

O raciocínio acima remete ao fato de que aquele que cometeu um crime, violando as liberdades públicas de uma pessoa, ou da própria sociedade, não pode alegar,

durante o curso do processo, que a vítima produziu prova ilícita (MORAES, 2008).

Para o referido autor (2008, p. 115), trata-se de “[...] *ausência de ilicitude* dessa prova, vez que aqueles que a produziram agiram em *legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais*, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas inicialmente ilícitas”.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, a saber:

Captação, 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. **Ilícitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu.** Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8- 97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 212081/RO. Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI. 2011 - internet). GRIFEI.

"Habeas corpus". Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). "Habeas corpus" indeferido. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 74678 / SP. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES. 2011 - internet).

De tudo o que foi exposto, em síntese, não há pacificidade em relação à questão da admissão das provas ilícitas *pro societate*. Os Tribunais Superiores e a doutrina majoritária defendem que sua ocorrência seja de forma muito pontual e excepcional. De outra banda, a defesa das liberdades públicas pela vítima de um delito não é exceção a este entendimento, visto se tratar de excludente da ilicitude (legítima defesa).

3.4 INUTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA - DESENTRANHAMENTO

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LVI, prevê como consequência da comprovada produção de prova ilícita a sua inadmissibilidade processual, de onde se aduz que a mesma não poderá ser juntada aos autos. Contudo, não há previsão expressa no texto constitucional para casos em que a prova ilícita de fato acabou por ingressar no processo (LIMA, 2011).

Com a reforma processual penal de 2008, o Código de Processo Penal trouxe expressamente, em seu art. 157, § 3º, que “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente” (BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal), 2011 - internet).

Verifica-se, da leitura do dispositivo em tela, que deverá ser prolatada decisão que determine o desentranhamento da prova reconhecidamente ilícita, e que, após a preclusão dessa decisão, a prova deverá ser inutilizada, podendo as partes participarem do ato (LIMA, 2011).

Feitoza (2010, p. 733) define o que seria esta inutilização de prova reconhecidamente inadmissível:

A inutilização da prova, no § 3º do art. 157 do CPP, significa sua destruição: por isso há previsão da possibilidade de acompanhamento do incidente (de destruição) pelas partes.

A inutilização também significa seu mero desentranhamento, sem destruição, mas tornando-se inútil no processo em que foi reconhecida a ilicitude.

Referido autor cita como hipótese de não destruição da prova considerada inadmissível, “quando a prova pertença lícitamente a alguém, como seria o caso das cartas que foram roubadas do destinatário e que lhe devem ser devolvidas [...]” (FEITOZA, 2010, p. 733).

Pois bem. Ocorrida a declaração de inadmissibilidade de uma prova, e preclusa a decisão, poderá ela ser desentranhada e destruída ou meramente inutilizada naquele processo. Resta saber qual o momento em que o magistrado deve manifestar-se sobre a ilicitude da prova e quando se dá a preclusão da decisão.

Lima (2011, p. 913) entende que “[...] a apreciação da ilicitude da prova deve ocorrer o quanto antes possível, sobretudo de modo a se evitar que referida prova venha a contaminar outras”.

No que tange à preclusão, Feitoza (2010, p. 733) defende que

Como não há recurso previsto, nem um marco estabelecido, a preclusão da decisão de desentranhamento ocorrerá com o trânsito em julgado da sentença, condenatória ou absolutória.

Mas, a nosso ver, a preclusão também pode ocorrer por manifestação expressa das partes no sentido de que renunciam a uma eventual impugnação, com o que a prova poderá ser inutilizada, conforme o caso, formal ou materialmente.

Do excerto acima, depreende-se que as partes poderão impugnar a decisão que declara inadmissível uma prova enquanto não ocorrer a preclusão, seja nas alegações finais, ou ainda em recursos contra decisão ou sentença que não analisou a prova em questão em razão de anterior declaração de inadmissibilidade (FEITOZA, 2010).

Ainda que não preclusa a decisão, e existência de impugnação à mesma, entende Feitoza (2010, p. 734) que o desentranhamento da prova deverá ser imediato, diante da inexistência de recurso com efeito suspensivo contra referido *decisum*. Seria uma “[...] inutilização formal provisória, preservando a prova ilícita na secretaria judicial, para eventual retorno aos autos principais se anulada ou modificada a decisão”. A inutilização definitiva e sua posterior destruição ocorreriam apenas com a preclusão.

Como última observação, nas ações penais comuns, se a sentença basear-se em provas ilícitas, entende a doutrina que poderá ser declarada nula mediante revisão criminal. Já pela via do *habeas corpus*, o tribunal anulará a decisão, determinando o desentranhamento dos documentos contaminados (LIMA, 2011).

No que tange ao procedimento do Tribunal do Júri, entende-se que, ainda que não se saiba exatamente o quanto teria a prova ilícita influenciado os jurados, deverá haver o reconhecimento da ilicitude da prova e a consequente anulação do julgamento (LIMA, 2011).

4 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

4.1 CONCEITO E DISPOSIÇÃO LEGAL

As reformas no Código de Processo Penal, promovidas pela Lei n. 11.690, de 2008, no tocante às provas, trouxeram em lei infraconstitucional o Princípio da Inadmissibilidade da Prova Ilícita, em seu art. 157, *caput*, conforme já explanado no capítulo anterior deste estudo.

Além disso, as reformas trouxeram a inovação da “Prova Ilícita por Derivação” (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), matéria que até então era apenas discutida em sede jurisprudencial, e que teve sua origem na Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Antes que se adentre à temática atinente às origens deste instituto inovador e ao contexto jurisprudencial em que a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada foi cunhada, importante entender o que significa “prova ilícita derivada”, bem como localizá-la no ordenamento jurídico pátrio.

O art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal (BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal), 2012 - internet), assim dispõe:

Art. 157 [...]

§ 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.

Referido parágrafo, conforme dito anteriormente, restou incluído no Código de Processo Penal através da Lei n. 11.690, consolidando posição jurisprudencial que já vinha sendo adotada no país, em especial pelo Pretório Excelso, de impossibilitar a utilização de provas derivadas das ilícitas no processo.

Mas, afinal, o que seriam provas ilícitas por derivação? Alguns doutrinadores preocuparam-se em estudar a fundo este instituto a fim de criarem um conceito que contemplasse a essência do mesmo.

Lima (2011, p. 892) conceitua provas ilícitas por derivação como “[...] meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite,

contaminando-os, por efeito de repercussão causal”.

Para Grinover, provas ilícitas por derivação seriam aquelas “[...] provas em si mesmas lícitas, mas a que se chegou por intermédio da informação obtida por prova ilicitamente colhida”. Segundo a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, “[...] o vício da planta se transmite a todos os seus frutos”, ou seja, a ilicitude da origem contamina todas as suas derivações (GRINOVER, 2010, p. 128).

Além da produção de um conceito de prova ilícita por derivação, estes doutrinadores e alguns outros preocuparam-se em analisar a fundo as origens do instituto, e conseqüentemente, o contexto jurisprudencial responsável por criar a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

A importância em estudar o instituto da prova ilícita por derivação sob o viés da Suprema Corte Americana se dá em entender, *a posteriori*, as críticas feitas pelos doutrinadores pátrios, que afirmam ter havido uma “deturpação” no sentido original da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*) e de suas exceções às regras de exclusão (*exclusionary rules*). Os próximos tópicos trarão à baila este assunto.

4.2 A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA: ORIGENS E IMPLICAÇÕES AO CASO CONCRETO NA SUPREMA CORTE AMERICANA

O conceito original de provas derivadas das ilícitas originou-se de um precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o caso *Silverthorne Lumber Co. v. US*, de 1920 (LIMA, 2011).

Feitoza (2010, p. 726) explica em sua obra referido *case*:

No caso *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.* (1920), a Suprema Corte considerou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca. O “princípio da exclusão” seria aplicável a todas as provas contaminadas pela busca inconstitucional.

Lima (2011, p. 893) explana que neste precedente foi construído um conceito de prova ilícita por derivação, mas que, posteriormente, no julgamento do caso *Nardone v. US*, de 1939, restou criada a teoria dos frutos da árvore envenenada (em inglês, *fruits of the poisonous tree* ou *taint doctrine*), onde “[...] o vício da planta se transmite a todos

os seus frutos”.

Feitoza (2010, p. 726) esclarece que a extensão do princípio da exclusão (consistente em prevenir violações de normas constitucionais quando da exclusão de uma prova), “[...] inicialmente foi aplicada como extensão da 'regra de exclusão' da 4ª Emenda, mas depois, foi estendida às demais 'regras de exclusão', como as da 6ª Emenda e da 5ª Emenda à Constituição Americana”.

Em que pese os casos *Silverthorne Lumber Co. v. US* e *Nardone v. US* tenham desenhado as primeiras linhas de um conceito de prova ilícita por derivação e até mesmo da própria teoria dos frutos da árvore envenenada, foi no julgamento do caso *Miranda v. Arizona*, de 1966, que a *taint doctrine* atingiu seu ápice (LIMA, 2011).

Lima (2011, p. 893), em análise ao supracitado caso, famoso por sua importância até os dias atuais, explica que

[...] a Suprema Corte americana firmou o entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia, a não ser que antes ela tenha sido claramente informada de: 1) que tem o direito de não responder; 2) que tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra ele; 3) que tem o direito à assistência do defensor escolhido ou nomeado.

O caso transparece a presença da teoria dos frutos da árvore envenenada pelo fato de que, na ausência de prestação destas informações ao acusado, estará ocorrendo uma ilegalidade capaz de gerar a nulidade de todos os atos posteriores; qualquer declaração prestada pelo acusado estará contaminada, como, por exemplo, uma possível confissão, e provas obtidas a partir desta confissão (LIMA, 2011).

Lima (2011, p. 893) ainda cita alguns outros casos célebres que declararam a inadmissibilidade de uma prova ilícita por derivação, a saber:

[...] *Wong Sun v. United States*, em 1963, com exclusão de testemunhos e de objetos aos quais se chegou como consequência de diligência e prisão ilegais; *Brown v. Illinois*, 1975, no qual se decretou a exclusão de confissão obtida de pessoa presa ilegalmente; *Davis v. Mississippi*, 1969, com exclusão de impressões digitais obtidas de pessoa presa ilegalmente, mesmo quando correspondentes com aquelas localizadas no local do crime.

Contudo, posteriormente à aplicação das regras de exclusão aliada ao afloramento da teoria dos frutos da árvore envenenada, a própria Suprema Corte passou a questionar a rigidez desta aliança, criando, desta forma, exceções às *exclusionary rules*, mais conhecidas como limitações à prova ilícita por derivação.

É o que será estudado no próximo tópico.

4.2.1 As limitações à prova ilícita por derivação na doutrina americana

Nos Estados Unidos da América, são mais conhecidas, pelo menos, três exceções quanto à inadmissibilidade da prova derivada: a limitação da fonte independente (*independent source limitation*), a limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*) e a limitação da contaminação expurgada (*purged taint limitation*) ou da conexão atenuada (*attenuated connection limitation*). Veremos mais aprofundadamente cada uma delas nos itens seguintes.

Em sua obra, o doutrinador Lima traz, além destas, algumas outras limitações à prova ilícita por derivação não tão conhecidas, mas que merecem atenção neste estudo e serão abordadas pontualmente.

4.2.1.1 A limitação da fonte independente (“*independent source*” limitation)

A limitação da fonte independente “[...] supõe que o dado probatório possua efetivamente duas origens, uma lícita e outra ilícita, subsistindo como elemento de convicção válido, mesmo com a supressão da fonte ilegal” (GRINOVER, 2010, p. 133).

Segundo Rangel (2011, p. 479), uma prova oriunda de uma fonte independente “[...] é aquela que foi obtida sem qualquer relação direta ou indireta, com a prova ilícita. Trata-se de um meio de prova que tem vida própria, autônoma, lícita e que não é contaminada e nem contamina qualquer outra fonte de prova, exatamente pela sua licitude”.

A primeira vez em que foi aplicada esta teoria no direito norte-americano se deu no caso *Bynum v. U.S.*, de 1960, onde

[...] inicialmente a corte excluiu a identificação dactiloscópica que havia sido feita durante a prisão ilegal do 'acusado' Bynum. Quando este foi novamente 'processado', o 'governo' utilizou um antigo conjunto de planilhas dactiloscópicas de Bynum que se encontrava nos arquivos do FBI e que correspondiam às impressões digitais encontradas no local do crime. Como a polícia tinha razão para verificar as antigas planilhas de Bynum independentemente da prisão ilegal e como as impressões digitais de tais planilhas tinham sido colhidas anteriormente sem qualquer relação com o roubo investigado dessa vez, as antigas planilhas foram admitidas como uma prova obtida independentemente, de maneira alguma relacionada à prisão ilegal (FEITOZA, 2010, p. 727).

Em um outro caso julgado mais de 20 anos depois, o *case Murray v. United States* (1988), a Suprema Corte Americana validou uma prova com base na limitação da fonte independente (LIMA, 2011).

Referido caso questionava a validade de uma prova obtida em violação ao domicílio do suspeito, visto que a polícia não estava munida de um mandado, tendo ingressado em referida residência com base apenas em indícios iniciais da ocorrência de tráfico ilícito de entorpecentes (LIMA, 2011).

Nesse primeiro ingresso ilegal à residência, a polícia confirmou as suspeitas de tráfico e obteve um mandado judicial, sem menção à violação, adentrando novamente na residência segundo os ditames da lei e apreendendo as drogas (LIMA, 2011).

A Suprema Corte Americana admitiu a prova sob o argumento de que “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” (LIMA, 2011).

Em breve análise a estes casos célebres, podemos concluir que a limitação da fonte independente, de forma mais simples, consiste em:

[...] se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária (LIMA, 2011, p. 896).

Saliente-se que esta limitação foi recepcionada expressamente pelo Código de Processo Penal brasileiro nas reformas promovidas pelo legislador no ano de 2008, mas que, contudo, sua redação sofre inúmeras críticas, que serão estudadas em um tópico especial.

A próxima limitação a ser estudada, a limitação da descoberta inevitável (“*inevitable discovery*” limitation), guarda muitas semelhanças com esta limitação recém explanada, mas traz uma diferença fundamental, conforme veremos a seguir.

4.2.1.2 A limitação da descoberta inevitável (“*inevitable discovery*” limitation)

A limitação da descoberta inevitável (ou exceção da fonte hipotética independente) consiste na possibilidade de, pelo curso da investigação e trâmites de praxe, obter-se de forma lícita a mesma prova que teria sido adquirida por meios ilícitos (LIMA,

2011, p. 898).

Esta limitação, assim como a que foi estudada anteriormente, também foi cunhada na Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Sua aplicação, pela primeira vez, se deu no caso *Nix v. Williams – Williams II* (1984), conforme explica Feitoza (2010, p. 728):

Ainda como limitação à doutrina dos frutos da árvore venenosa, a doutrina ou limitação da descoberta inevitável (“*inevitable discovery*” limitation) foi aplicada num caso (*Nix v. Williams – Williams II, 1984*) em que uma declaração obtida ilegalmente do “acusado” revelou o paradeiro do corpo da vítima de homicídio numa vala de beira de estrada, mas um grupo de duzentos voluntários já estava procurando pelo cadáver conforme um plano desenvolvido cuidadosamente, que eventualmente teria abrangido o lugar onde o corpo foi encontrado. A Suprema Corte entendeu que a “doutrina dos frutos” não impediria a admissão de prova derivada de uma violação constitucional, se tal prova teria sido descoberta “inevitavelmente” por meio de atividades investigatórias lícitas sem qualquer relação com a violação, bem como que a “descoberta inevitável” não envolve elementos especulativos, mas concentra-se em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação.

Lima (2011, p. 898-899) corrobora os ensinamentos de Feitoza, no que tange à não aplicação desta limitação com base em meras especulações. Conforme verificado no *case* supra, “[...] somente com base em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação será possível dizer que a descoberta seria inevitável. Em outras palavras, não basta um juízo do possível. É necessário um juízo do provável [...]”.

Em síntese, a descoberta inevitável seria a “possibilidade” de, futuramente, em razão das investigações realizadas comumente, obter-se a prova derivada sem qualquer contaminação. Contudo, esta “possibilidade” precisa basear-se em reais probabilidades, e não em meras deduções.

Impende esclarecer que, a respeito desta limitação à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, alguns doutrinadores afirmam que, no Brasil, há aplicabilidade desta teoria em razão da confusão de conceitos promovida pelo legislador quando das reformas do Código Penal, assunto que será discutido em um tópico especial.

A terceira e última limitação mais conhecida, mas sem aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro até o momento, é a limitação da contaminação expurgada, também chamada de limitação da conexão atenuada ou da tinta diluída (“*purged taint*” limitation ou “*attenuated connection*” limitation), que será explanada brevemente a seguir.

4.2.1.3 A limitação da contaminação expurgada, da conexão atenuada ou da tinta diluída (“*purged taint*” limitation ou “*attenuated connection*” limitation)

A limitação da contaminação expurgada, (“*purged taint*” limitation, como é mais conhecida), segundo consta da obra de Feitoza (2010) e Lima (2011), foi desenvolvida no caso *Wong Sun v. US*, de 1963, onde a polícia teria ingressado ilegalmente, sem indícios iniciais da ocorrência de um delito, efetuando a prisão do indivíduo “A”.

Em decorrência da prisão ilegal, foram apreendidos entorpecentes na posse do indivíduo “B”, o qual alegou que a droga, em verdade, procedeu do indivíduo “C”, que também restou preso ilegalmente. Alguns dias depois, com a soltura do indivíduo “C”, o mesmo, de maneira voluntária, decidiu confessar a ocorrência do crime, em interrogatório.

A Suprema Corte, ao julgar o caso, decidiu ser prova ilícita por derivação a apreensão dos entorpecentes com o indivíduo “B”, bem como suas declarações posteriores, eis que tudo isso apenas ocorreu mediante o ingresso ilegal dos policiais na residência do indivíduo “A”.

Contudo, em relação a “C”, a Suprema Corte entendeu que o ato voluntário de confessar o delito após sua soltura amenizou a ligação entre suas declarações e a prisão ilegal, dissipando o “veneno” da ilicitude originária.

Desse caso em especial, de onde se originou a limitação da contaminação expurgada, pôde-se perceber que

[...] uma “nódoa” de ilegalidade inicial pode ser “expurgada” por um “ato independente interveniente”, praticado pelo acusado ou por uma terceira parte, que interrompa a corrente causal entre a ilegalidade e a prova, de uma tal maneira que a prova não seja vista como tendo sido obtida pela “exploração” (aproveitamento) dessa ilegalidade (FEITOZA, 2010, p. 729).

No mesmo sentido, Lima (2011, p. 901), em análise a este caso, depreende que o ilícito originário de uma prova “[...] pode ser expurgado, ou seja, removido, por meio de um ato independente interveniente, praticado pelo acusado ou por um terceiro, a determinar a interrupção da corrente causal entre a ilegalidade originária e a prova subsequente”.

Portanto, de acordo com a teoria da limitação da contaminação expurgada,

[...] não se aplica a teoria da prova ilícita por derivação se o nexos causal entre a prova primária e a secundária for atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução

criminal. Nesse caso, apesar de já ter havido a contaminação de um determinado meio de prova em face da ilicitude ou ilegalidade da situação que o gerou, um acontecimento futuro expurga, afasta, elide esse vício, permitindo-se, assim, o aproveitamento da prova inicialmente contaminada (LIMA, 2011, p. 901).

Importante salientar que, embora a limitação da contaminação expurgada seja em certa monta semelhante à limitação da fonte independente, há uma diferença básica entre elas. Na primeira, “[...] o nexo causal entre as provas é atenuado em razão da circunstância de a prova secundária possuir existência independente da prova primária”. Já na segunda, fatores como o lapso temporal, a vontade do acusado em colaborar com as investigações, a irrelevância da ilicitude ou determinadas circunstâncias que podem intervir nas demais provas, “[...] atenuam a ilicitude originária, expurgando qualquer vício que possa recair sobre a prova secundária” (LIMA, 2011, p. 902).

Vistas as três limitações mais conhecidas à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, interessante conhecer algumas outras limitações que, embora não tenham sido, até o momento, aplicadas no Brasil, podem ser tendência à aplicação em casos em tese sem solução, onde não se visualiza a possibilidade de aplicação da lei, mas sim de novas construções jurisprudenciais.

4.2.1.4 Breves considerações acerca de limitações à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação ainda não aplicadas na jurisprudência brasileira

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem construído diversas teorias que visam amenizar a aplicação categórica das regras de exclusão, mas que não têm correspondente no ordenamento jurídico brasileiro, senão meras decisões esparsas. Vejamos algumas delas.

A limitação da boa-fé (*good faith exception*) teve aplicação, pela primeira vez, no caso *US v. Leon* (1984). Esta teoria defende que uma prova que foi obtida mediante violação de princípios constitucionais pode ser considerada válida, “[...] desde que sua obtenção não tenha decorrido da vontade de quem procedeu à investigação, mas sim de uma situação de erro ou ignorância” (LIMA, 2011, p. 903). Ela é composta de dois critérios: a boa-fé e a crença razoável na legalidade da conduta do agente.

A teoria do risco, outra importante limitação às regras de exclusão americanas, “[...] busca dar fundamento à validade da prova obtida mediante violação ao

direito à intimidade, com a utilização de escutas telefônicas, filmagens e fotografias clandestinas” (LIMA, 2011, p. 904). Esta teoria utiliza-se do argumento de que aquele que revela a outrem, de forma espontânea, que cometeu delitos, assume o risco da documentação destes fatos, mormente se o interlocutor não tiver o compromisso legal de guardar sigilo em razão de sua profissão.

A limitação da destruição da mentira do imputado restou aplicada pela primeira vez ao caso *Walder v. US* (1954), cujo julgamento permitiu que “[...] a prova ilícita, conquanto não seja idônea para comprovar a culpabilidade do acusado, pode ser valorada no sentido de demonstrar que o autor do fato delituoso está mentindo” (LIMA, 2011, p. 905).

A doutrina da visão aberta surgiu “[...] como forma de se atenuar o rigor da necessidade de autorização judicial no cumprimento de buscas e apreensões domiciliares no direito americano [...]” (LIMA, 2011, p. 905). É razoável que se considere legítima a apreensão de provas do delito objeto da busca e apreensão, mas que não estejam contempladas no mandado, bem como de provas de outros delitos se, quando da efetuação da diligência, estas provas estejam à plena vista do executor do mandado.

Contudo, as provas serão consideradas ilícitas se o agente policial já houver cumprido o teor do mandado, mas continua efetuando diligências, ou se encontrar a prova em um local onde o objeto do mandado nunca seria encontrado (LIMA, 2011).

A teoria do encontro fortuito de provas, outra limitação cunhada na Suprema Corte Americana, é aplicada quando, “[...] no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação” (LIMA, 2011, p. 906-907).

Este mesmo autor (2011, p. 907) explana, em síntese, o que seria um encontro fortuito de provas:

Fala-se em encontro fortuito de provas quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime. Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência. Em outras palavras, se houve desvio de finalidade, a prova não deve ser considerada válida; se não houve desvio de finalidade, a prova é válida.

Esta teoria não é apenas aplicada quando se tratar de mandados de busca e apreensão. É útil considerá-la quando a diligência for o cumprimento de interceptações

telefônicas, como ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal decidiu acerca de provas de outros delitos obtidas mediante interceptação telefônica. O Pretório Excelso entendeu que, se a interceptação for legal e legítima, os crimes puníveis com detenção e que forem conexos ao delito que ensejou a interceptação, permitem subsidiar denúncia (LIMA, 2011).

Feitas estas breves considerações acerca da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, no que tange à sua aplicação no país onde ela foi criada e às limitações admitidas naquele país, adentremos então no ordenamento pátrio, a fim de verificar como se deu a adaptação de referido instituto na realidade brasileira e as críticas que sofreu em razão da não correspondência de alguns conceitos originais.

4.3 A INCORPORAÇÃO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Conforme visto nos itens anteriores, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*) foi cunhada na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, assim como as limitações à sua aplicação aos casos concretos. E no Brasil, como se deu a incorporação desta teoria à jurisprudência, e posteriormente, ao texto legal?

Grinover (2011) diz que o Pretório Excelso, anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, teria dado sinais de possível aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. Isto porque, segundo julgado constante da RTJ 122/47, os ministros, em entendimento contrário ao do relator da causa, defenderam o desentranhamento de gravações clandestinas e, mais do que isso, posicionaram-se pelo trancamento do inquérito policial, diante da ausência de provas não contaminadas nos autos.

Após a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, não aderiu à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. No julgamento da Ação Penal nº 307/DF, onde figurou, como réu, dentre outros, o ex-presidente Fernando Collor de Mello, prevaleceu a tese proposta pelo Min. Moreira Alves, que defendeu a não aplicação de referida teoria no ordenamento pátrio (LIMA, 2011).

Explana Lima (2011, p. 893) que, neste julgado,

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

licitamente. Restaram vencidos no referido julgamento o Min. Celso de Mello e, em menor extensão, os Ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira.

Em que pese este julgado tenha rechaçado a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da interpretação restrita do art. 5º, inciso LVI, da Constituição de 1988 proposta pelo Min. Moreira Alves, também foram encontradas decisões anteriores em que restou aplicada a teoria, ainda que de modo tímido.

É o caso do HC nº 69.912/RS, que, um ano antes do julgamento da Ação Penal nº 307/DF, foi pelo deferimento do remédio constitucional, com base na aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada:

Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, “na hipótese e na forma” por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do *habeas corpus* pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do *habeas corpus*, verificar a existência de provas livres de contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – a 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. Votação por maioria (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC nº 69.912/RS, Min. Relator Sepúlveda Pertence, 2010 - internet).

Conforme se verifica no respectivo julgado, não houve comentários quanto ao nexo de causalidade, ou a alguma limitação que pudesse tornar lícita a prova, como a teoria da fonte independente, por exemplo. Houve, a grosso modo, uma análise legalista: na ausência de lei que regule a interceptação telefônica, a produção de prova baseada neste método contamina as demais provas oriundas dela (LIMA, 2011).

A partir de 1996, o Supremo Tribunal Federal passou a analisar, com maior frequência, casos em que havia envolvimento da teoria dos frutos da árvore envenenada, desta vez posicionando-se favoravelmente à sua adoção no ordenamento pátrio, abrindo caminho para pacificação da questão (LIMA, 2011).

Inicialmente, não houve abordagem, por parte do Pretório Excelso, das

regras de exclusão relacionadas à teoria dos frutos da árvore envenenada em seus julgados. No que tange às interceptações telefônicas, as decisões seguiram o posicionamento adotado no HC 69.912/RS, cuja ementa foi transcrita anteriormente, e, até a edição da Lei nº 9.296/96 (Lei das Interceptações Telefônicas), referida prova era tida como ilícita (RANGEL, 2010).

Abaixo, segue ementa do HC n. 73.351/SP, cujo julgamento se deu no ano de 1996, antes da edição de norma reguladora das interceptações telefônicas, que corrobora este entendimento:

HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 73.351/SP. Min. Relator Ilmar Galvão. 2012 – internet).

Posteriormente, segundo Lima (2011, p. 894), o Supremo Tribunal Federal entendeu que “[...] provas obtidas por meios ilícitos contaminam única e exclusivamente aquelas que são unicamente dela decorrentes”. É o esboço para uma das limitações à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação no Brasil: a ausência de nexo de causalidade, que posteriormente foi inserida expressamente no art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

O HC n. 76.203/SP traz à baila este entendimento:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ESCUTA TELEFÔNICA. OUTROS MEIOS DE PROVA. LICITUDE. Escuta telefônica que não deflagra ação penal, não é causa de contaminação do processo. Não há violação ao direito à privacidade quando ocorre apreensão de droga e prisão em flagrante de traficante. Interpretação restritiva do princípio da árvore dos frutos proibidos. Habeas corpus indeferido (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 76.203/SP. Min. Relator Nelson Jobim. 2012 – internet).

Neste julgado, claramente se verifica a ausência de nexo de causalidade entre a prova ilícita originária e a prova contestada como derivada. Isto porque, em se tratando de interceptação telefônica ao arripio da lei, mas que não deflagra ação penal, subentende-se que outras provas, não-contaminadas por não estarem relacionadas à gravação clandestina,

foram capazes de trazer indícios quanto à ocorrência do delito e proporcionaram o oferecimento de denúncia (LIMA, 2011).

Já o primeiro julgado que contemplou a teoria da prova absolutamente independente foi o HC nº 74.599/SP, julgado pelo Pretório Excelso no ano de 1996, cuja ementa é transcrita abaixo:

Habeas corpus. Prova ilícita. Escuta telefônica.

Fruits of the poisonous tree. Não-acolhimento.

Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica – prova tida por ilícita até a edição da Lei n.º 9.296, de 24.7.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam – não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras licitamente obtidas pela equipe de investigação policial.

Habeas corpus indeferido. Unânime (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 74.599/SP, Min. Relator: Ilmar Galvão. 2012 – internet).

A teoria da fonte independente também restou contemplada no texto do art. 157, § 1º e 2º, do Código de Processo Penal, mas sofreu duras críticas, conforme será estudado no item subsequente.

Atualmente, segundo Grinover (2011, p. 135), a doutrina majoritária segue “[...] no sentido da contaminação e inadmissibilidade da prova derivada da ilícita. Mas também no campo teórico ainda falta um posicionamento mais preciso sobre a matéria”.

Já no que tange à jurisprudência, em especial, do Pretório Excelso, entende-se que “[...] a prova colhida em decorrência de uma prova obtida por meio ilícito é inadmissível no processo, pois ilícita por derivação, acarretando a nulidade do processo” (RANGEL, 2010, p. 469).

Em 2008, conforme sucintos comentários já feitos neste estudo, a Lei n. 11.690 buscou pacificar a questão da prova ilícita por derivação, trazendo expressamente no bojo do art. 157 e parágrafos, o acolhimento da teoria dos frutos da árvore envenenada no ordenamento pátrio (LIMA, 2011).

Contudo, segundo Grinover (2011, p. 135), “[...] não trouxe ainda soluções adequadas, além de ter incorrido em alguns equívocos que restringem o próprio alcance da previsão constitucional”.

O texto do art. 157 e parágrafos será melhor esmiuçado e apresentadas as críticas recebidas no próximo item deste estudo.

Após a promulgação da Lei n. 11.690/08, o Supremo Tribunal Federal exarou alguns julgados que contemplam a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. A título de exemplo, transcreve-se a ementa do HC nº 90.298/RS:

AÇÃO PENAL. Prova. Ilicitude. Caracterização. Quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. Confissão obtida com base na prova ilegal. Contaminação. HC concedido para absolver a ré. Ofensa ao art. 5º, inc. LVI, da CF. Considera-se ilícita a prova criminal consistente em obtenção, sem mandado, de dados bancários da ré, e, como tal, contamina as demais provas produzidas com base nessa diligência ilegal. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 90.298/RS. Min. Relator: Cezar Peluso. 2012 – internet).

Explica Lima (2011) que, neste julgado, houve a decretação da ilicitude da prova derivada porque, inicialmente, houve quebra de sigilo bancário do acusado sem prévia autorização judicial, o que acabou por contaminar os atos subsequentes, em especial, a confissão do acusado, que foi mero efeito da prova ilícita originária, a qual provavelmente não teria sido feita sem a anterior e ilícita quebra do sigilo bancário.

Outra importante e recente decisão atinente ao instituto da prova ilícita por derivação adveio do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o HC 149.250/SP (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 149250/SP. Min. Relator Adilson Vieira Macabu. 2012 - internet).

Trata-se de *Habeas Corpus* relacionado à Operação Satiagraha, que foi deflagrada visando apurar a responsabilidade criminal do banqueiro Daniel Dantas, dentre outros investigados, pela prática de crimes financeiros e desvio de verbas públicas.

A decisão, propalada pela 5ª Turma do STJ, em votação apertada (3 votos a 2) decretou a anulação da Ação Penal deflagrada contra os acusados, e de pelo menos outros dois procedimentos de monitoramento telefônico, sob o fundamento de que teria ocorrido contaminação de todas as provas contidas nos autos.

Isto porque teria ocorrido, na fase pré-processual, participação irregular de funcionários da Agência Brasileira de Informação (ABIN) e de ex-servidor do Serviço Nacional de Informações (SNI) em investigação conduzida pela Polícia Federal.

O Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que estas participações irregulares na fase inquisitória eivaram toda a Ação Penal subsequente, visto que a atuação de outros órgãos conjuntamente com a Polícia Federal é hipótese excepcionalíssima. O compartilhamento de dados entre estes órgãos teria violado a honra, a imagem e a dignidade da pessoa humana, em razão da exposição dos acusados.

Em razão da flagrante violação a diversos dispositivos de lei e princípios constitucionais, o STJ, declarando as provas colhidas na fase pré-processual como ilícitas, anulou toda a Ação Penal, desde o início, diante do fato de que as provas ilícitas fundamentaram a propositura da mesma.

O Ministério Público Federal, descontente com a decisão prolatada pela 5ª Turma do STJ, interpôs Recurso Extraordinário da decisão ora explanada, alegando que a anulação da Ação Penal ocorreu sem que ao menos fossem especificadas quais provas eram ilícitas (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE no HC Nº 149.250/SP. Min. Felix Fischer. 2012 - internet).

Além disso, “[...] no presente caso, foi violado, em concreto, o núcleo de direito fundamental à segurança da sociedade e do Estado [...]”, diante da anulação de todo o processo.

Por fim, explanou que “[...] todas as medidas cautelares, busca e apreensão, interceptações telefônicas, dentre outras, deferidas judicialmente, não foram solicitadas pela ABIN, mas pela Polícia Federal [...] ou o Ministério Público”, não se tratando de prova ilícita, mas sim de colaboração destes órgãos.

O Ministério Público Federal, então, requereu a nulidade do julgamento do *Habeas Corpus*, ou, alternativamente, o provimento do Recurso Extraordinário, desconstituindo o julgado e declarando as provas válidas.

O Superior Tribunal de Justiça, em data de 28.02.2012, então, admitiu o Recurso Extraordinário, diante do preenchimento de todos os requisitos para seu envio ao Supremo Tribunal Federal.

Contudo, o réu Daniel Dantas opôs Embargos Declaratórios visando impedir que os autos fossem apreciados pelo Pretório Excelso, diante da omissão do julgado em não apreciar os requisitos e falta de interesse recursal da Procuradoria-Geral da República, em síntese, o que não restou acolhido pelo STJ, que determinou a remessa dos autos ao STF, na data de 15.03.2012 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl na PET no RE no HC Nº 149.250/SP. Min. Felix Fischer. 2012 - internet).

A celeuma deverá ser resolvida pelo Pretório Excelso.

Visto o histórico jurisprudencial e legal da incorporação da teoria dos frutos da árvore envenenada no ordenamento jurídico brasileiro, e alguns casos recentes de grande repercussão nacional acerca do tema, importante estudar minuciosamente o texto do art. 157,

em especial, de seus parágrafos, a fim de entender o porquê das duras críticas que receberam de ilustres doutrinadores da área processual penal.

4.4 AS EXCEÇÕES À INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO ELENCADAS NO ART. 157 E PARÁGRAFOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: QUESTÕES CONTROVERSAS

Como já fora comentado pontualmente neste estudo, a Lei n. 11.690/08 visou reformar o Código de Processo Penal no que tange às provas e, dentre estas mudanças, alterou a redação do art. 157, transcrito, desta vez, na íntegra:

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. (BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal), 2012 – internet).

O artigo em questão regularizou infraconstitucionalmente a prova ilícita, bem como inseriu, expressamente, no ordenamento jurídico pátrio a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, contemplando também algumas exceções à regra da inadmissibilidade.

Este item se dedicará a estudar minuciosamente a letra da lei e apresentar as críticas feitas pelos doutrinadores quanto às inovações intentadas pelo legislador ordinário, principalmente no que tange às exceções à regra da inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, propósito deste estudo.

Mas antes que se adentre ao cerne da questão, ou seja, nas críticas recebidas pelo legislador ordinário no que tange às exceções à rigidez da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, importante tecer alguns comentários acerca da própria regularização infraconstitucional da prova ilícita no Código de Processo Penal.

Rangel (2010, p. 477-478) rechaça completamente a iniciativa do legislador quanto à regulação do tema da ilicitude da prova em seara infraconstitucional. E mais: declara que esta atitude seria inconstitucional. “É como se dependêssemos do Código para nos dizer

que a Constituição, a partir de agora, passa a valer. É o Código dando vida à Constituição. A consagração do absurdo”.

Este autor afirma que não haveria necessidade alguma que o Código de Processo Penal regulasse o tema, ainda mais do jeito que o fez, de forma imprecisa e vaga, fazendo com que o magistrado seja obrigado a definir conceitos (RANGEL, 2010).

E completa:

[...] o Código *amesquinhou* a Constituição e nesse particular aspecto é inconstitucional porque diminuiu o seu alcance. O princípio existe, está no art. 5º, LVI: *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. Não precisamos de mais nada.

Miranda (2008, apud RANGEL, 2010, p. 478) manifestou-se pelo mesmo entendimento, afirmando a inconstitucionalidade do art. 157 e parágrafos, criticando duramente o legislador, “[...] como se para ganhar vida a Constituição fosse preciso uma reforma no CPP, algo muito próprio de um Brasil Profundo em matéria de respeito a aplicação das leis”.

O mesmo autor completa dizendo que os parágrafos 1º e 2º de referido artigo, ao apresentarem conceitos indeterminados, “[...] quase acabam com o direito do cidadão, mais uma vez criando-se restrições onde a CR não criou e, pior, deixando a completude delas ao 'critério' do juiz”.

Outros doutrinadores pátrios não compartilham da opinião de que o art. 157 e seus parágrafos seriam inconstitucionais, apenas atendo-se a criticar a ausência de determinação conceitual, e até mesmo a desnecessidade, das exceções à inadmissibilidade da prova ilícita. É o que será estudado a seguir.

4.4.1 Ausência de nexos de causalidade

A primeira exceção, ou limitação inserida pelo legislador ordinário ao ordenamento jurídico pátrio é a “ausência de nexos de causalidade”, que já vinha sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, pelo menos, desde o ano de 2000, conforme já visto anteriormente neste estudo.

Deduziu-se que a ausência de nexos de causalidade se tratava de exceção em razão da leitura do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, a saber:

Art. 157. (...)

§ 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 (BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal), 2012 – internet).

O nexo de causalidade, segundo Rangel (2010, p. 479), “É a linha que liga a colheita de uma prova à obtenção de outra”, e, quando ausente, pressupõe a inexistência de contaminação.

Oliveira (2010, p. 375) explana que, na prática, surgem dificuldades em se verificar a presença do nexo de causalidade nas provas obtidas,

[...] sobretudo em razão de não se apresentar tão simples assim a definição de *derivação*. A dificuldade a que ora nos referimos em relação à definição da palavra *derivação* não é, evidentemente, de origem semântica. Ela se fará presente na identificação concreta de se tratar de prova *derivada da ilícita*. Busca-se, então, o significado do apontado “nexo de causalidade da prova”.

Em que pese esta dificuldade em identificar se a prova obtida teria ligação, ou não, com uma prova ilícita originária, “[...] essa parte do texto legal não parece trazer inconvenientes na sua aplicação” (GRINOVER, 2011, p. 135).

O que os doutrinadores afirmam é que a ausência de nexo de causalidade não precisaria constar do texto legal, diante de sua obviedade.

Para Grinover (2011, p. 135), “[...] era perfeitamente desnecessária a previsão normativa, na medida em que o conceito de prova derivada supõe, por si só, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda”.

De igual forma, para Tourinho Filho (2011, p. 572), é evidente que “[...] se não ficar demonstrado que a prova conseguida com ares de licitude derivou de uma prova ilícita, não se pode falar em prova ilícita por derivação”.

Fernandes (2010, p. 87), inclusive, acredita que a ausência de nexo de causalidade entre uma prova e outra não se trata realmente de uma limitação à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, mas sim “[...] de uma explicitação de que sem aquele nexo não há contaminação de uma prova por outra”.

Em verdade, a polêmica maior se dá quando se fala da limitação da fonte independente, cujo conceito encontra-se definido no § 2º do art. 157 do CPP. É o que tratará o próximo e derradeiro item deste estudo.

4.4.2 Fonte independente

A limitação da fonte independente, também contemplada no art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, “[...] é aquela que foi obtida sem qualquer relação, direta ou indireta, com a prova ilícita” (RANGEL, 2010, p. 479).

O § 2º do mesmo dispositivo legal trouxe expressamente o significado desta limitação, visando auxiliar o magistrado que se depara com situações nebulosas atinentes à prova ilícita.

Vejamos o que diz o § 2º, *in verbis*:

§ 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. (BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal), 2012 – internet).

Segundo Rangel (2010, p. 479), a *fonte independente de prova* (FIP) é sinônima da *prova absolutamente independente* (PAI) que, conforme estudado anteriormente, teve lugar na jurisprudência brasileira a partir de 1996, sendo “[...] aquela que não tem conexão nenhuma com a prova ilícita e que, independentemente da ilícita, nós chegamos nela pelos atos normais de investigação”.

Para Fernandes (2010, p. 87), a aplicação da limitação da fonte independente “[...] pressupõe a existência de duas vias de busca da prova, uma lícita, outra ilícita, e ambas chegam à prova derivada”.

A partir deste raciocínio é que a doutrina passou a criticar ferozmente a redação do § 2º do art. 157 do Código de Processo Penal, visto que “[...] o legislador utilizou no § 2º fórmula excessivamente aberta e que mais se aproximaria da limitação da descoberta inevitável do direito norte-americano” (FERNANDES, 2010, p. 88).

Oliveira (2010, p. 375) também concorda que a redação de referido dispositivo traz um equívoco técnico. Para este autor, da leitura do dispositivo legal, denota-se que a definição ali inserta refere-se “[...] a outra hipótese de aproveitamento da prova, qual seja, a *teoria da descoberta inevitável*, muito utilizada no direito estadunidense”.

Em sua obra, este mesmo autor preocupa-se em tecer as diferenças básicas entre a teoria da fonte independente e a teoria da descoberta inevitável, senão vejamos:

Na *descoberta inevitável* admite-se a prova ainda que presente eventual relação de

causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita.

[...]

Já a *teoria da fonte independente* baseia-se mais 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. Nada mais. (OLIVEIRA, 2010, p. 375-376).

Enquanto Oliveira classifica como “equivoco técnico” (2010, p. 375) a redação cunhada pelo legislador ao art. 157, § 2º do Código de Processo Penal, doutrinadores como Fernandes e Grinover vão além ao criticar o dispositivo em tela.

Fernandes (2010, p. 88) afirma que o dispositivo atribui ao magistrado a opção de afastar a derivação de uma prova, “segundo um juízo de probabilidade”, caso os meios investigatórios e instrutórios normalmente utilizados e obedecidos os ditames da lei pudessem ser capazes de chegar à prova referida.

Para este mesmo autor, “[...] isso é perigoso, pois possibilita que, em qualquer hipótese, se avenge a viabilidade de a prova derivada ser atingida por uma forma lícita de investigação, embora ela tenha sido alcançada a partir de uma prova ilícita (FERNANDES, 2010, p. 88).

Grinover (2011, p. 135) tem o mesmo entendimento, no sentido de que “[...] a disposição abre as portas para que, sob esse fundamento, toda e qualquer prova derivada de outra ilícita venha a ser convalidada”.

Esta autora afirma, também, que

[...] 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 (GRINOVER, 2011, p. 135).

Em síntese, referida autora entende que o legislador pátrio deturpou a teoria da fonte independente originária da Suprema Corte Americana, “[...] que supõe que o dado probatório possua efetivamente duas origens [...]”, pela “[...] simples *possibilidade* de que a prova viesse a ser obtida por meio lícito para afastar a sua contaminação” (GRINOVER, 2011, p. 135).

Ou seja, para Grinover, não houve confusão do legislador entre teoria da fonte independente e teoria da descoberta inevitável. Referida autora explana que, na

descoberta inevitável, “[...] são as circunstâncias especiais do caso concreto é que permitem considerar que a prova seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita”, diferentemente do que diz o § 2º do art. 157 do Código de Processo Penal, que “[...] permite que se suponha sempre a possibilidade de obtenção da prova derivada por meios legais, o que esvazia, por completo, o sentido da garantia” (GRINOVER, 2011, p. 136).

Por tudo o que foi exposto, Grinover (2011, p. 136) entende que o texto contido no § 2º do art. 157 do Código de Processo Penal seria inconstitucional, indo mais além do que os demais autores estudados, à exceção de Rangel, que entende que todo o art. 157 do Código de Processo Penal seria inconstitucional.

Lima (2011, p. 900), salienta que parte respeitável da doutrina entende que “[...] como o conceito de prova ilícita e o de prova ilícita por derivação são indeterminados, tanto a ampliação indevida de seu âmbito conceitual quanto a sua restrição podem ser afastadas pelo juiz no momento de sua aplicação”.

Referido autor (2011) afirma também que, apesar da existência de controvérsias doutrinárias acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça vem adotando a teoria da descoberta inevitável em seus julgados, invocando o § 2º do Art. 157 do Código de Processo Penal, a exemplo do HC nº 52.995/AL, cuja ementa segue abaixo:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. OBTENÇÃO DE DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA SUPOSTAMENTE ILEGAL. ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO. PACIENTES QUE NÃO PODEM SE BENEFICIAR COM A PRÓPRIA TORPEZA. CONHECIMENTO INEVITÁVEL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Ao se debruçar sobre o que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal, é necessário que se faça sua interpretação com temperamentos, afinal, inexistente, no ordenamento pátrio, direito absoluto. Assim, diante do caso concreto, cabe ao intérprete fazer uma ponderação de valores.

2. A inviolabilidade dos sigilos é a regra, e a quebra, a exceção. Sendo exceção, deve-se observar que a motivação para a quebra dos sigilos seja de tal ordem necessária que encontre apoio no princípio da proporcionalidade, sob pena de se considerarem ilícitas as provas decorrentes dessa violação.

3. Assim, a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada.

4. Entretanto, no caso, há que se fazer duas considerações essenciais que afastam, por completo, a proteção que ora é requerida por meio de reconhecimento de nulidade absoluta do feito. A primeira diz respeito a própria essência dessa nulidade que, em tese, ter-se-ia originado com a publicidade dada pelo banco ao sobrinho da vítima, que também era seu herdeiro. Tratou-se toda a operação bancária de um golpe efetivado por meio de um engodo. Titularidade solidária que detinha uma das partes e que agora é reclamada para efeitos de autorização legal, decorreu de ilícito efetivado contra vítima.

5. Pretende-se, na verdade, obter benefício com a própria prática criminosa. Impossibilidade de se beneficiar da própria torpeza.
6. A segunda consideração, não menos importante, é que o extrato ou documento de transferência foi obtido por herdeiro da vítima, circunstância que ocorreria de qualquer maneira após a sua habilitação em inventário, a ensejar, da mesma maneira, o desenrolar do processo tal qual como ocorreu na espécie.
7. **Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável. (Grifei)**
8. Ordem denegada (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC N. 52.995/AL. Min. Relator Og Fernandes. 2012 – internet).

Verifica-se então que a questão da prova ilícita por derivação e suas exceções, em âmbito nacional, é conflituosa e ainda está distante de uma pacificação, principalmente no que tange ao § 2º do art. 157 do Código de Processo Penal.

Enquanto alguns doutrinadores admitem a validade do dispositivo, outros defendem sua inconstitucionalidade. Considerando que a Lei que modificou o artigo em questão é relativamente nova, resta aguardar as respostas que a jurisprudência poderá fornecer quando da aplicação das limitações ao caso concreto.

5 METODOLOGIA

Consubstancia-se em pesquisa bibliográfica, basicamente doutrinária, complementada pela análise de legislação e jurisprudência, efetuada de forma qualitativa, teórica e prescritiva, a fim de apresentar os principais posicionamentos sobre o tema, ainda distante da pacificidade. O método científico aplicado nesta pesquisa é o método dedutivo, auxiliado pelo método histórico.

6 CONCLUSÃO

A prova, dentro do processo penal, tem como objetivo principal reconstituir os fatos ocorridos em um sinistro criminal; tem o intuito de apresentar ao juiz, da forma mais fiel possível, a verdade. Para atingir citado objetivo, rege-se por Princípios Constitucionais e Processuais Penais, que legitimam, garantem e limitam o exercício do direito à prova na instrução processual penal.

O princípio da Verdade Real possui uma estreita ligação com a finalidade da prova, qual seja, a busca da verdade plena, a reconstrução dos fatos aos olhos do magistrado. Os princípios da Ampla Defesa e Contraditório permitem a produção de provas pelo réu, bem como contraditar aquelas já produzidas. O princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz dá ao magistrado liberdade de apreciação da prova e seu convencimento vincula-se apenas à motivação da sentença, seja ela absolutória ou não. Por fim, o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita veda provas em contrariedade a normas materiais e processuais.

Este último princípio citado supra teve maior relevância neste estudo em razão de sua natureza limitadora do direito à instrução probatória, e extensão de sua aplicabilidade não apenas às provas ilícitas, mas àquelas que derivam delas.

Pois bem. O princípio da Inadmissibilidade da Prova Ilícita, previsto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, como dito anteriormente, é uma considerável limitação à produção probatória. Não permite que sejam valoradas provas obtidas em violação ao direito material e processual, e, da leitura do dispositivo constitucional, entendia-se que não havia nenhuma exceção a esta regra, até recentemente.

No direito comparado, como, por exemplo, nos Estados Unidos da América e na Alemanha, a jurisprudência foi relativizando regras até então absolutas, através da construção de hipóteses de sopesamento, que passaram a ser conhecidas como Razoabilidade (EUA) e Proporcionalidade (Alemanha), princípios que, apesar de diferentes, guardavam a mesma finalidade: o sopesamento de interesses (mais comumente de princípios fundamentais), a fim de definir qual deles prevaleceria no caso concreto.

Esta ideia encontrou guarida no ordenamento jurídico brasileiro, e passou a aparecer como fundamento das mais variadas decisões exaradas pelos Tribunais Superiores, onde os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade foram considerados sinônimos. E

como não podia deixar de ser, levantou-se o questionamento a respeito da possibilidade de aplicação destes princípios ao art. 5º, inciso LVI, da CF/88, no sentido de ponderar, em cada caso concreto, a relevância do ingresso de provas ilícitas no processo em atenção aos direitos fundamentais das pessoas em geral.

No Brasil, no que tange às provas ilícitas, verificamos que há, sim, a possibilidade de aplicação do princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade, o que é feito de forma pontual, em análise a cada caso concreto.

É permitida a produção de prova ilícita em favor do réu, e, nestes casos, a proporcionalidade aparece como forma de evitar incentivá-lo a recorrer à prova ilícita para provar sua inocência. Diferente é a posição quanto à produção de prova ilícita pela acusação, onde a jurisprudência e grande parte da doutrina têm se posicionado no sentido de vedá-la. A proporcionalidade, aqui, surge apenas em *casos extremos de necessidade inadiável e incontornável*.

Até então, a questão da inadmissibilidade da prova ilícita era contemplada apenas na seara constitucional, não existindo qualquer regra infraconstitucional, seja ela de natureza processual ou até mesmo material, o que forçou com que a jurisprudência pátria viesse a construir esta relativização à regra, através da aplicação do Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade a cada caso.

No ano de 2008, a Lei n. 11.690 foi promulgada no intuito de modificar alguns dispositivos do Código de Processo Penal, dentre eles o art. 157, que passou a regular infraconstitucionalmente a matéria atinente à prova ilícita, o que foi um feito inédito.

O dispositivo em tela veio repleto de novidades, e, dentre elas, a extensão do princípio da inadmissibilidade da prova ilícita a todas aquelas provas que, de alguma forma, existam em razão de uma ilicitude originária, as chamadas provas ilícitas por derivação.

As provas ilícitas por derivação advém da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, cunhada pela Suprema Corte Americana, a qual diz que “o vício da planta se transmite a todos os seus frutos”. Esta Teoria já vinha sendo mencionada em julgados anteriores à Constituição de 1988, mas passou a ser efetivamente admitida no Brasil a partir do início da década de 1990, aparecendo inicialmente em julgados atinentes às interceptações telefônicas.

A Suprema Corte Americana também construiu exceções a esta Teoria,

como, por exemplo, a fonte independente, a descoberta inevitável e a mancha expurgada. Os Tribunais Superiores do Brasil adaptaram algumas destas situações excepcionais ao ordenamento jurídico pátrio, relativizando a regra, até então absoluta, de inadmissibilidade de toda e qualquer prova ligada a alguma ilicitude originária.

Em observância à jurisprudência pátria, o legislador, através da Lei n. 11.690/08, modificou o art. 157 do CPP, desta forma positivando o posicionamento dos Tribunais Superiores, no sentido de não admitir a utilização das provas derivadas das ilícitas no processo, mas contemplando duas exceções a esta regra, quais sejam, a ausência de nexo de causalidade e a fonte independente.

Em análise ao art. 157 do CPP, exsurgiram as mais diversas críticas doutrinárias, e este trabalho destinou-se a estudá-las, em especial, no que toca às exceções à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação no processo penal.

A primeira exceção inserida pelo legislador pátrio ao dispositivo supra mencionado se refere à ausência de nexo de causalidade, a qual significa simplesmente que a prova objeto de insurgência não será considerada derivada se nenhuma relação tiver com uma ilicitude anterior. Recebeu críticas no sentido de que não se trata de uma exceção, visto que, por óbvio, não há qualquer derivação em provas que não têm nenhuma ligação entre si, o que dispensaria sua menção em um dispositivo legal.

A segunda exceção, a da fonte independente, causou ainda maior alvoroço no meio doutrinário que a primeira. Isto porque, no § 2º do art. 157 do CPP, o legislador decidiu por conceituar “fonte independente”, incorrendo em flagrante equívoco.

Para alguns doutrinadores, o legislador teria incorrido em um simples erro técnico, ao conceituar fonte independente como mera possibilidade de obtenção da mesma prova através dos trâmites típicos e de praxe, conceito que aproxima-se, na verdade, da descoberta inevitável, outra espécie de exceção cunhada pela Suprema Corte Americana.

Já outros doutrinadores afirmam que este equívoco é mais grave do que um simples erro técnico, defendendo a inconstitucionalidade do dispositivo em razão de o ordenamento pátrio ser incompatível com a exceção da descoberta inevitável. Esta fórmula excessivamente aberta possibilitaria todo tipo de impropérios, haja vista que qualquer prova ilícita seria aceita sob o manto da mera possibilidade de obtenção da prova pelos trâmites típicos e de praxe.

Enquanto a discussão doutrinária encontra-se longe de pacificação acerca do

tema, o Superior Tribunal de Justiça vem invocando o § 2º do art. 157 do CPP em seus julgados, a exemplo do HC nº 52.995/AL, onde aplicou referido parágrafo como se se tratasse de exceção da descoberta inevitável, e não fonte independente, como o quis o legislador.

Desta feita, verifica-se que, apesar das calorosas discussões acerca do dispositivo legal, o mesmo encontra aplicação na jurisprudência pátria, ainda que com interpretação extensiva, e não há sinalização alguma no sentido de declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 157 do CPP.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 669 p.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 414 p.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 310 p.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso: 22.11.2011.

BRASIL, **Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso: 02.03.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 149250/SP**. Min. Relator Adilson Vieira Macabu. DJ 05.09.2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso: 12.03.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RE no HC 149.250/SP**. Min. Felix Fischer. DJ: 08.03.2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso: 21.03.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl na PET no RE no HC 149.250/SP**. Min. Felix Fischer. DJ: 19.03.2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso: 21.03.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC N. 52.995/AL**. Min. Relator Og Fernandes. DJ 04.10.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso: 23.03.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 70.814/SP**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.06.1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso: 21.11.2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC n. 79.512/RJ**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.05.2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso: 22.11.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 212081/RO**. Relator: Min. Octavio Gallotti. DJ: 05/12/1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso: 22.11.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 74678/SP**. Relator(a): Min. Moreira Alves. DJ: 10/06/1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso: 22.11.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 73.351/SP**. Min. Relator Ilmar Galvão. DJ 19.03.1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso: 20.02.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 76.203/SP**. Min. Relator Nelson Jobim. DJ 17.11.2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso: 20.02.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 90.298/RS**. Min. Relator: Cezar Peluso. DJ 15.10.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso: 20.02.2012.

BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 382 p.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 400 p.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1391 p.

CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba, PR: Juruá, 2007. 173 p.

DIDIER JR., Freddie. **Curso de Direito Processual Civil**: volume 2. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2008. 713 p.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 334 p.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**: Teoria, Crítica e Práxis. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. 1198 p.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 348 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 300 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 299 p.

JUSTIA – US Supreme Court Center. **Silverthorne Lumber Co. Inc. v. United States – 251 U.S. 385 (1920)**. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/case.html>. Acesso: 25.04.2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol. I. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 1539 p.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 315 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1544 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 900 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. 331 p.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 676 p.

PEIXOTO, Maurício Muriack de Fernandes e. O Princípio da Proporcionalidade constitucional e os limites materiais do Poder Constituinte Derivado Reformador: exigência de razoabilidade nas emendas constitucionais. **Opinião Jurídica**. Fortaleza: Ano II – n. 3. p. 150-170. 2004. Disponível em: <http://www.faculdadechristus.com.br>. Acesso: 03.11.2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1087 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 141 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 949 p.

PEIXOTO, Maurício Muriack de Fernandes e. A aplicação do princípio da proporcionalidade às emendas constitucionais: limitação material ao poder constituinte derivado – análise de um caso concreto: a limitação remuneratória do abate-teto (artigo 37, inciso XI, da Constituição da República). **Amicus Curiae**. [recurso eletrônico] – V. 6, n. 6 (2009) - Criciúma, SC : Universidade do Extremo Sul Catarinense, 2011- Modo de acesso: <<http://periodicos.unesc.net>> Anual ISSN 2237-7395 1. Direito – Periódicos. I. Título. CDD. 21ª ed. 340.05

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1095 p.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 1015 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**: volume 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 393 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 397 p.

ANEXO(S)

ANEXO A – Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008

L11690

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 11.690, DE 9 DE JUNHO DE 2008.

Mensagem de veto

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.

Vigência

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 155, 156, 157, 159, 201, 210, 212, 217 e 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.” (NR)

“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” (NR)

“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)**

“Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

§ 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

§ 7º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico.” (NR)

“CAPÍTULO V

DO OFENDIDO

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

§ 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.” (NR)

“Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho.

Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas.” (NR)

“Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

L11690

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição." (NR)

"**Art. 217.** Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram." (NR)

"Art. 386.

.....

IV- estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Parágrafo único.

.....

II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas;

....." (NR)

Art. 2º Aqueles peritos que ingressaram sem exigência do diploma de curso superior até a data de entrada em vigor desta Lei continuarão a atuar exclusivamente nas respectivas áreas para as quais se habilitaram, ressalvados os peritos médicos.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 9 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Tarso Genro

José Antonio Dias Toffoli

Este texto não substitui o publicado no DOU de 10.6.2008

ANEXO B – Case Silverthorne Lumber Co. vs. United States

Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States - 251 U.S. 385 (1920)

Share | Tweet Like

- [Syllabus](#)
- [Case](#)

U.S. Supreme Court**Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States, 251 U.S. 385 (1920)****Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States****No. 358****Argued December 12, 1919****Decided January 26, 1920****251 U.S. 385***ERROR TO THE DISTRICT COURT OF THE UNITED STATES**FOR THE WESTERN DISTRICT OF NEW YORK**Syllabus*

The Fourth Amendment protects a corporation and its officers from compulsory production of the corporate books and papers for use in a criminal proceeding against them when the information upon which the subpoenas were framed was derived by the Government through a previous unconstitutional search and seizure, planned and executed by its officials under color of a void writ, provided the defense of the Amendment be seasonably interposed, and not first raised as a collateral issue at the trial of the indictment. P. 251 U. S. 391.

The rights of a corporation against unlawful search and seizure are to be protected even if it be not protected by the Fifth Amendment from compulsory production of incriminating documents. P. 251 U. S. 362.

Reversed.

The case is stated in the opinion.

Page 251 U. S. 390

MR. JUSTICE HOLMES delivered the opinion of the Court.

This is a writ of error brought to reverse a judgment of the District Court fining the Silverthorne Lumber Company two hundred and fifty dollars for contempt of court and ordering Frederick W. Silverthorne to be imprisoned until he should purge himself of a similar contempt. The contempt in question was a refusal to obey subpoenas and an order of Court to produce books and documents of the company before the grand jury to be used in regard to alleged violation of the statutes of the United States by the said Silverthorne and his father. One ground of the refusal was that the order of the Court infringed the rights of the parties under the Fourth Amendment of the Constitution of the United States.

The facts are simple. An indictment upon a single specific charge having been brought against the two Silverthornes mentioned, they both were arrested at their homes early in the morning of February 25, and were detained in custody a number of hours. While they were thus detained, representatives of the Department of Justice and the United

States marshal, without a shadow of authority, went to the office of their company and made a clean sweep of all the books, papers and documents found there. All the employes were taken or directed to go to the office of the District Attorney of the United States, to which also the books, &c., were taken at once. An application, was made as soon as might be to the District

Page 251 U. S. 391

Court for a return of what thus had been taken unlawfully. It was opposed by the District Attorney so far as he had found evidence against the plaintiffs in error, and it was stated that the evidence so obtained was before the grand jury. Color had been given by the District Attorney to the approach of those concerned in the act by an invalid subpoena for certain documents relating to the charge in the indictment then on file. Thus, the case is not that of knowledge acquired through the wrongful act of a stranger, but it must be assumed that the Government planned or at all events ratified, the whole performance. Photographs and copies of material papers were made, and a new indictment was framed based upon the knowledge thus obtained. The District Court ordered a return of the originals, but impounded the photographs and copies. Subpoenas to produce the originals then were served, and, on the refusal of the plaintiffs in error to produce them, the Court made an order that the subpoenas should be complied with, although it had found that all the papers had been seized in violation of the parties' constitutional rights. The refusal to obey this order is the contempt alleged. The Government now, while in form repudiating and condemning the illegal seizure, seeks to maintain its right to avail itself of the knowledge obtained by that means which otherwise it would not have had.

The proposition could not be presented more nakedly. It is that, although, of course, its seizure was an outrage which the Government now regrets, it may study the papers before it returns them, copy them, and then may use the knowledge that it has gained to call upon the owners in a more regular form to produce them; that the protection of the Constitution covers the physical possession, but not any advantages that the Government can gain over the object of its pursuit by doing the forbidden act. *Weeks v. United States*, 232 U. S. 383, to be sure, had established that laying the papers directly before the grand jury was

Page 251 U. S. 392

unwarranted, but it is taken to mean only that two steps are required instead of one. In our opinion, such is not the law. It reduces the Fourth Amendment to a form of words. 232 U. S. 393. The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court, but that it shall not be used at all. Of course, this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government's own wrong cannot be used by it in the way proposed. The numerous decisions, like *Adams v. New York*, 192 U. S. 585, holding that a collateral inquiry into the mode in which evidence has been got will not be allowed when the question is raised for the first time at the trial, are no authority in the present proceeding, as is explained in *Weeks v. United States*, 232 U. S. 383, 232 U. S. 394, 232 U. S. 395. Whether some of those decisions have gone too far or have given wrong reasons it is unnecessary to inquire; the principle applicable to the present case seems to us plain. It is stated satisfactorily in *Flagg v. United States*, 233 Fed. Rep. 481, 483. In *Linn v. United States*, 251 Fed. Rep. 476, 480, it was thought that a different rule applied to a corporation, on the ground that it was not privileged from producing its books and papers. But the rights of a corporation against unlawful search and seizure are to be protected even if the same result might have been achieved in a lawful way.

Judgment reversed.

THE CHIEF JUSTICE and MR. JUSTICE PITNEY dissent.

ANEXO C - Habeas Corpus n. 69.912/RS

Supremo Tribunal Federal
 SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA
 D.J. 25.03.94
 EMENTÁRIO Nº 1738 - 1

112

16/12/93

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 69912-0 RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE: LOURIVAL MUCILO TRAJANO
 IMPETRANTE: ALUÍSIO MARTINS
 COATOR: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

01738010
 03570690
 09121000
 00000190

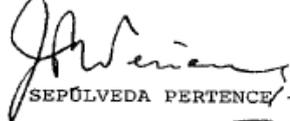
E M E N T A: Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, "nas hipóteses e na forma" por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, 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.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o pedido de habeas corpus, para anular o processo a partir da prisão em flagrante, inclusive.

Brasília, 16 de dezembro de 1993.

OCTAVIO GALLOTTI - PRESIDENTE


 SEPÚLVEDA PERTENCE - RELATOR



Supremo Tribunal Federal

113

25/11/93

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 69912-0 RIO GRANDE DO SUL

PACTE.: LOURIVAL MUCILO TRAJANO

IMPTE.: ALUISIO MARTINS

COATOR: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Na sessão de 25.3.93, assim relatei o caso (leu, f. 114-118).

01738010
03570690
09122000
00000220

O meu voto - que deferiu a ordem e declarou a nulidade radical do procedimento, nele incluídos o inquérito e a prisão em flagrante (f. 119-133) - foi acompanhado, naquele mesmo dia, pelos ems. Ministros Rezek (f. 134), Galvão (f. 136), Marco Aurélio (f. 138) e, em 30.6.93, depois do voto-vista em contrário, do em. Ministro Paulo Brossard, pelo do em. Ministro Celso de Mello (f. 174).

De sua vez, pela denegação da ordem, votaram os ems. Ministros Velloso (f. 140), Brossard (f. 150), Sanches (f. 184), Néri (f. 187), Moreira Alves (f. 192) e V. Exª, Presidente Gallotti (f. 194).

Desse modo, em 30.6.93, proclamou-se o indeferimento do **habeas corpus** por seis votos contra cinco.

O acórdão será publicado no DJ de 26.11.93.



*Supremo Tribunal Federal***HC 69.912-0 RS****114**

Sucedeu que, enquanto se reviam as notas taquigráficas, o paciente impetrou mandado de segurança, no qual - revelando ter atuado no processo condenatório pelo Ministério Público o il. Procurador da República Domingos Sávio Dresch da Silveira, filho do nobre Ministro Néri da Silveira - pretendia que se alterasse o resultado do julgamento do **habeas corpus** para anunciá-lo como deferido.

Na sessão plenária de 24.11.93, relator o em. Ministro Carlos Velloso, o Tribunal não conheceu do mandado de segurança, mas, reconhecendo o impedimento alegado (embora não documentado nos autos do **habeas corpus**), deferiu **habeas corpus** de ofício para anular o julgamento anterior.

Em conseqüência, para a renovação do julgamento, trago o feito à Mesa.

É o relatório.



nbc.

Supremo Tribunal Federal

HC 69.912-0 RS

115

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR): O meu voto reafirma o proferido em 25.3.93, quando da primeira chamada do caso, para, nos termos então enunciados, deferir o **habeas corpus**.

As razões então deduzidas - e manifestamente enriquecidas pelos quatro Ministros que fundamentadamente concluíram no mesmo sentido -, das quais, **data venia** sigo convencido, soma-se, no caso concreto, que, efetivamente, ao final do primeiro julgamento, a decisão deveria ter sido a concessão da ordem, dado que, se então revelado o impedimento de um dos juízes, se teria verificado o empate, que favorece o paciente (RISTF, art. 150 § 3º).

01738010
03570690
09123000
01540310

Defiro o **habeas corpus** para anular o feito, desde a prisão em flagrante, inclusive: é o meu voto.

nbc.



Supremo Tribunal Federal

118

16/12/93

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 69.912-0 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, o Ministro-Relator defere o habeas-corpus, entendendo que a prova base do próprio inquérito, a notícia em si do crime, foi obtida mediante meio ilícito. Acompanho S. Exª., concedendo a ordem e peço para deixar registrado o que tive oportunidade de consignar sobre o tema em processo diverso:

Solicitei vista destes autos, após sinalizar quanto à impropriedade de esta Corte vir a receber a denúncia com base apenas em uma fita gravada clandestinamente. Se é certo que o Código de Processo Civil revela que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados em dispositivo nele contido, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se fundam a ação e a defesa (artigo 332), sendo que qualquer reprodução mecânica - como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie - faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade - artigo 383 - normas aplicáveis subsidiariamente ao processo penal (Código de Processo Penal artigo 3º), não menos correto é que os aludidos preceitos não se sobrepõem à Carta da República, no que consigna, como garantias constitucionais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como a inadmissão, em qualquer processo, de provas obtidas por meios ilícitos - incisos X e LVI do artigo 5º. Ora, tratando-se de gravação obtida de forma ardilosa e incorreta, mediante a prática condenável de escamotear um gravador visando a obter a armazenagem de informações, forçoso é concluir que se está diante de prova indiciária alcançada

01738010
03570690
09123020
01570570

Supremo Tribunal Federal

HC 69.912-0 RS

119

por meio ilícito, ao arrepio não só dos padrões éticos e morais, como também da própria Carta, no que preserva a intimidade da pessoa. Não vejo, Sr. Presidente, diferença substancial entre a gravação feita por terceiro, até mesmo provocada por um dos interlocutores, mediante interceptação, e aquela decorrente da gravação procedida à sorrelfa por um destes últimos. O meio utilizado não merece o endosso desta Suprema Corte, ainda que se tenha em mira a persecução criminal, tendo em conta ato de servidor público ou agente do poder. O interesse público não se sobrepõe aos aspectos éticos e morais, mas com estes deve estar em perfeita comunhão, isto sem que se considere a intimidade protegida constitucionalmente. Não é crível que se confira a uma gravação obtida clandestinamente eficácia suficiente a respaldar o recebimento de uma denúncia para, após, no julgamento da ação penal, declarar-se que se trata de prova conseguida por meio ilícito. O princípio lógico da não-contradição estará ferido de morte.

Contudo, na assentada em que teve início a apreciação deste processo, assaltaram-me dúvidas no tocante à existência de outros indícios, já que o Ministério Público não apresentou a denúncia de imediato, fazendo-o após a tramitação de inquérito por mais de um ano, mediante o qual a Polícia Federal ouviu pessoas e colheu elementos diversos. Examinando estes autos, constatei que a denúncia está respaldada na aludida fita, mas também direciona, no item 10 de folhas 5 a 7, a outros indícios colhidos. Dentre esses está o relativo ao que seria o empenho do Indiciado, junto ao Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na 10ª reunião realizada no dia 23 de maio de 1991, no sentido de, excepcionalmente, vir a ser autorizado o remanejamento de recursos da rubrica "infra-estrutura" para a rubrica "saneamento", visando a propiciar a feitura de obras no Estado do Acre. A Ata de folhas 192 a 215 revela que a reunião foi iniciada pelo Secretário Nacional do Trabalho e que o Indiciado, adentrando o recinto, dela participou, ponderando que os casos do Amapá e do Acre deveriam ser analisados com excepcionalidade e mencionou as preocupações do Sr. Ministro da Saúde com a qualidade da água consumida naqueles Estados e, portanto, com o Cólera. Ora, este aspecto não deixa de ser um indício que, somado a outros, como os depoimentos reveladores de que o interlocutor que obteve a fita procurara autoridades constituídas - parlamentar, pessoas do Gabinete Militar da Presidência da República e do Ministério da Justiça - objetivando dar conta do que ouvira no diálogo mantido com o Indiciado - depoimentos de folhas 56, 145 e 260 - autorizam o recebimento da denúncia. A regra é o Tribunal deliberar pelo

Supremo Tribunal Federal

HC 62.912-0 RS

120

recebimento ou rejeição da denúncia, estando no campo do excepcional a improcedência da acusação - parte final do artigo 6º da Lei nº 8.038/90. Instaurada a ação penal, ter-se-á oportunidade de implementar-se o contraditório com mais largueza, devendo, então, o Ministério Público comprovar a procedência do que articulado na denúncia, já que o princípio da definição no caso de dúvida passará a beneficiar não a sociedade, mas o Réu. O que transparece impróprio é, diante de situação nebulosa, concluir-se pela improcedência da acusação. A declaração desta há de restar de revelação manifesta, pelos elementos coligidos, da insubsistência do que articulado na denúncia.

Por estas razões e declarando a fragilidade dos indícios coligidos, sem, no entanto, deixar de reconhecer a existência deles, e também, a ausência total de valia da gravação obtida clandestinamente, porque por meio ilícito, acompanho o Relator, recebendo a denúncia.

É o meu voto.



Supremo Tribunal Federal

121

16/12/93

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 69.912-0 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - Sr. Presidente, reitero o voto que proferi no primeiro julgamento, quando sustentei, primeiro, a ilicitude da prova — escuta telefônica — e, segundo, que, afastada a prova considerada ilícita, há, nos autos, outras provas que autorizam a condenação, o que foi reconhecido, aliás, na instância de apelação, vale dizer, no Tribunal Regional Federal. Não seria possível, ademais, nos estreitos limites do habeas corpus, o exame aprofundado da prova, para verificar se a afirmativa constante do acórdão do Tribunal Regional é ou não verdadeira.

01738010
03570690
09123030
01560640

Em conclusão, voto no sentido do indeferimento do habeas corpus, com a vênia sempre devida ao eminente Ministro Relator e aos eminentes Ministros que o acompanharam. *VELLOSO*



Supremo Tribunal Federal

122

16/12/93

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS N.º 69.912-0 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - Impõe-se destacar, como expressiva conquista dos direitos assegurados àqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas (aquelas que se produzem com vulneração das normas de direito processual) e às provas ilícitas (aquelas que se coligem com transgressão das regras de direito material). A Constituição do Brasil, ao repelir a doutrina do *male captum, bene retentum*, sancionou, com a inadmissibilidade de sua válida utilização, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.

A norma inscrita no art. 5º, LVI, da Lei Fundamental da República promulgada em 1988, consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Novas Tendências do Direito Processual", p. 60/82, 1990, Forense Universitária; MAURO CAPPELLETTI, "Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte", in *Rivista di Diritto Civile*, p. 112, 1961; VICENZO VIGORITI, "Prove illecite e costituzione", in *Rivista di Diritto Processuale*, p. 64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada - e repudiada sempre - pelos juizes e Tribunais, "por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se

01738010
03570690
09123040
01550710



Supremo Tribunal Federal

HC 69.912-0 RS

123

subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade..." (ADA PELLEGRINI GRINOVER, *op. cit.*, p. 62, 1990, Forense Universitária).

A cláusula constitucional do *due process of law* - que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público - tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas ou ilegítimas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o imposterável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com base em elementos instrutórios obtidos ou produzidos com desrespeito aos limites impostos pelo ordenamento jurídico ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado.

A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova - de qualquer prova - cuja ilicitude tenha sido reconhecida pelo Poder Judiciário.

ADA PELLEGRINI GRINOVER ("A Eficácia dos Atos Processuais à luz da Constituição Federal", in *RPESP*, vol. 37/46-47, 1992), ao versar o tema das limitações que, fundadas em regra de exclusão, incidem sobre o direito à prova, analisa a questão da ilicitude - mesmo da ilicitude por derivação - dos



A handwritten signature in dark ink, located at the bottom right of the page, next to the page number.

Supremo Tribunal Federal

HC 69.912-0 RS

124

elementos instrutórios produzidos em sede processual, **verbis**:

"A Constituição brasileira toma posição firme, aparentemente absoluta, no sentido da proibição de admissibilidade das provas ilícitas. Mas, nesse ponto, é necessário levantar alguns aspectos: quase todos os ordenamentos afastam a admissibilidade processual das provas ilícitas. Mas ainda existem dois pontos de grande divergência: o primeiro deles é o de se saber se inadmissível no processo é somente a prova, obtida por meios ilícitos, ou se é também inadmissível a prova, lícitamente colhida, mas a cujo conhecimento se chegou por intermédio da prova ilícita.

Imagine-se uma confissão extorquida sob tortura, na qual o acusado ou indiciado indica o nome do comparsa ou da testemunha que, ouvidos sem nenhuma coação, venham a corroborar aquele depoimento.

Imaginem uma interceptação telefônica clandestina, portanto ilícita, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos. Essas provas são 'ilícitas por derivação', porque, em si mesmas lícitas, são oriundas e obtidas por intermédio da ilícita. A jurisprudência norte-americana utilizou a imagem dos frutos da árvore envenenada, que comunica o seu veneno a todos os frutos. (...).

3



*Supremo Tribunal Federal*HC 69.912-0 RS

125

.....

Outra tendência que se coloca em relação às provas ilícitas é aquela que pretende mitigar a regra de inadmissibilidade pelo princípio que se chamou, na Alemanha, da 'proporcionalidade' e, nos Estados Unidos da América, da 'razoabilidade'; ou seja, embora se aceite o princípio geral da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, propugna-se a idéia de que em casos extremamente graves, em que estivessem em risco valores essenciais, também constitucionalmente garantidos, os tribunais poderiam admitir e valorar a prova ilícita.

À primeira vista, a Constituição brasileira parece impedir essa solução, quando não abre nenhuma exceção expressa ao princípio da proporcionalidade. (...).

.....

A Constituição preocupa-se com o momento da admissibilidade, pretendendo claramente impedir os momentos sucessivos, de introdução e valoração da prova ilícita. Mas, suponhamos que a prova, embora considerada inadmissível pela Constituição, venha a ser admitida no processo. E que a prova ingresse no processo, vulnerando a regra constitucional.

De duas, uma: ou partimos para a idéia de que nesse caso a atipicidade constitucional acarreta, como conseqüência, a nulidade absoluta e, portanto, no plano processual, a prova



Supremo Tribunal Federal

HC 69.912-0 RS

126

admitida *contra constitutionem* será nula e nula será a sentença que nela se fundar; ou então, numa interpretação mais consentânea com a norma constitucional, firmamos o entendimento de que a Lei Maior, ao considerar a prova inadmissível, não a considera prova, tem-na como 'não prova', como prova inexistente juridicamente. Nesse caso, ela será simplesmente desconsiderada.

O Código de Processo Penal Italiano de 88 fala, nesses casos, de proibição de utilizar a prova. Nosso ordenamento não prevê expressamente a consequência do ingresso, no processo, da prova ilícita, mas sua ineficácia como prova surge do sistema."

O fato irrecusável, Sr. Presidente, é que prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.

A **Exclusionary Rule** - considerada essencial pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pela Polícia e pelo Ministério Público - destina-se, na abrangência de seu conteúdo, a proteger, pelo banimento processual de evidências ilicitamente coligidas, os réus criminais contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (*Garrity*



Supremo Tribunal Federal

HC 69.912-0 RS

127

v. *New Jersey*, 385 U.S. 493, 1967; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961; *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 1962, v.g.).

Essa questão - até em função das razões subjacentes ao tema da inadmissibilidade, em nosso sistema constitucional, das provas ilícitas - assume, a meu ver, inegável relevo jurídico.

Assentadas essas premissas em torno do tema suscitado na presente impetração - que acentua a **ineficácia probatória** dos elementos de convicção produzidos, **em função de ilícito comportamento**, pelos órgãos da persecução penal - impõe-se registrar que a Carta Federal, ao assegurar a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, **atenuou** o primitivo rigor dessa tutela estatal.

O art. 5º, XII, da Lei Fundamental da República, permite, agora, a **interceptação** das conversações telefônicas. Essa providência excepcional sujeita-se, no entanto, para efeito de sua **válida efetivação**, a determinados requisitos que, **fixados pelo próprio ordenamento constitucional**, condicionam a eficácia jurídica desse meio de prova.

A derrogação desse princípio tutelar do sigilo telefônico **somente legitimar-se-á**, desde que a interceptação, sempre precedida de ordem judicial, venha a realizar-se no campo exclusivo da persecução penal e nas hipóteses a serem ainda definidas em **numerus clausus** pelo legislador, a quem incumbe prescrever, de outro lado, o modo e a forma de sua execução.



Supremo Tribunal Federal

HC 69.912-0 RS

128

O preceito constitucional em causa não se reveste, quanto à interceptação das conversações telefônicas, de densidade normativa suficiente. Ele impõe e reclama, para que possa válida e eficazmente atuar, a instauração de um processo de integração normativa de que derive a lei exigida pela Carta da República.

Nessa matéria, a só existência de ordem judicial - que não se ajuste às hipóteses ou não observe as formas estipuladas pela lei - não constitui elemento bastante para autorizar a escuta telefônica para fins de persecução penal.

O preceito inscrito no art. 5º, XII, da Lei Fundamental qualifica-se, no que se refere à escuta telefônica, como estrutura jurídica dotada de insuficiente densidade normativa, a tornar imprescindível, para que possa operar, a necessária mediação legislativa concretizadora do comando nele positivado. Na realidade, a norma constitucional em questão - por reclamar a *interpositio legislatoris* - não opera, em plenitude, no plano jurídico, e no que concerne à possibilidade das interceptações telefônicas, todas as suas conseqüências e virtualidades eficaciais.

A prova oriunda de interceptações telefônicas clandestinas, realizadas com inobservância das prescrições constitucionais, revela-se prova materialmente ilícita. Nem pode fundamentar postulações acusatórias nem conferir substrato a juízos condenatórios. O ato de interceptar clandestinamente comunicações telefônicas, além de criminoso, ofende diretamente



*Supremo Tribunal Federal*HC 69.912-0 RS

129

a cláusula do devido processo legal. Ninguém pode ser acusado, julgado ou, o que é mais grave, condenado com base em provas ilícitas. Ressalte-se que a exigência do **due process of law**, destinando-se a garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado, coloca-a, por isso mesmo, sob a imediata proteção das leis. A **ilicitude** desse meio de prova, consistente na ilegítima interceptação de comunicação telefônica, foi proclamada pelo STF, que, sob a égide do regime jurídico anterior, desautorizou-a, por incompatível com a tutela constitucional da intimidade (v. RTJ 110/798).

A prova ilícita, Sr. Presidente, não se revela idônea, ainda que - a partir dos elementos de informação que eventualmente ministre aos órgãos da persecução penal - possa produzir dados novos que atestem a materialidade ou a autoria do fato delituoso. A ilicitude original da prova transmite-se, **por repercussão**, a outros dados probatórios que nela se apóiem, dela derivem ou nela encontrem o seu fundamento causal.

Incensurável a análise que, deste tema, fez o em. Relator, quando salientou, **verbis**:

".....

Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do 'fruit of the poisonous tree' é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.

De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria 'degravação' das conversas

8



Supremo Tribunal Federal

HC 69.912-0 RS

130

telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que, sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.

.....
 Na espécie, é inegável que só as informações extraídas da escuta telefônica indevidamente autorizada é que viabilizaram o flagrante e a apreensão da droga, elementos também decisivos, de sua vez, na construção lógica da imputação formulada na denúncia, assim como na fundamentação nas decisões condenatórias.

Dada essa patente relação genética entre os resultados da interceptação telefônica e as provas subseqüentemente colhidas, não é possível apegar-se a essas últimas - frutos da operação ilícita inicial - sem, de fato, emprestar relevância probatória à escuta vedada."

A absoluta ineficácia probatória dos elementos de convicção - cuja apuração decorreu, em sua própria origem, de comportamento ilícito dos agentes estatais - torna imprestável a prova penal em questão, subtraindo, assim, à própria condenação judicial o suporte que lhe dá consistência.

Escuta telefônica, ainda que autorizada pelo juiz, constitui, ante a ausência da lei reclamada pelo art. 5º,

9



Supremo Tribunal Federal

HC 69.912-0 RS

131

XII, da Carta Política, prova materialmente ilícita. A Lei Fundamental da República impõe, para efeito de atuação da norma que excepcionalmente autoriza a interceptação das conversações telefônicas, a edição - **necessária e ineliminável** - de ato legislativo que, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, indique as hipóteses e defina a forma com que se executará essa grave providência.

Sem a lei, revela-se irrita a decisão judicial cuja desvalia decorre de seu frontal desrespeito a um postulado essencial da Constituição, motivo pelo qual **ainda subsistem**, a meu juízo, as razões proclamadas por esta Suprema Corte no sentido de que "Os meios de prova ilícitos" - como aqueles decorrentes de interceptações ou gravações clandestinas de conversações telefônicas - "não podem servir de sustentação ao inquérito policial ou à ação penal" (RTJ 122/47, rel. Min. CÉLIO BORJA).

Desse modo, Sr. Presidente, e com estas considerações, peço vênias para, acompanhando o magnífico voto do em. Relator, **deferir o pedido de habeas corpus**.

É o meu voto.



/csf.



ANEXO D – *Habeas Corpus* n. 149.250/SP

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 149.250 - SP (2009/0192565-8)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
 IMPETRANTE : ANDREI ZENKNER SCHMIDT E OUTROS
 ADVOGADO : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA
 IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
 PACIENTE : DANIEL VALENTE DANTAS

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. OPERAÇÃO SATIAGRAHA. PARTICIPAÇÃO IRREGULAR, INDIVIDUOSAMENTE COMPROVADA, DE DEZENAS DE FUNCIONÁRIOS DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) E DE EX-SERVIDOR DO SNI, EM INVESTIGAÇÃO CONDUZIDA PELA POLÍCIA FEDERAL. MANIFESTO ABUSO DE PODER. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR-SE A ATUAÇÃO EFETIVADA COMO HIPÓTESE EXCEPCIONALÍSSIMA, CAPAZ DE PERMITIR COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PRECEITO LEGAL AUTORIZANDO-A. PATENTE A OCORRÊNCIA DE INTROMISSÃO ESTATAL, ABUSIVA E ILEGAL NA ESFERA DA VIDA PRIVADA, NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÕES DA HONRA, DA IMAGEM E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INDEVIDA OBTENÇÃO DE PROVA ILÍCITA, PORQUANTO COLHIDA EM DESCONFORMIDADE COM PRECEITO LEGAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. AS NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL, E DEMONSTRADAS À EXAUSTÃO, CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL. INFRINGÊNCIA A DIVERSOS DISPOSITIVOS DE LEI. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPARCIALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INQUESTIONAVELMENTE CARACTERIZADA. A AUTORIDADE DO JUIZ ESTÁ DIRETAMENTE LIGADA À SUA INDEPENDÊNCIA AO JULGAR E À IMPARCIALIDADE. UMA DECISÃO JUDICIAL NÃO PODE SER DITADA POR CRITÉRIOS SUBJETIVOS, NORTEADA PELO ABUSO DE PODER OU DISTANCIADA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ESSAS EXIGÊNCIAS DECORREM DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO. NULIDADE DOS PROCEDIMENTOS QUE SE IMPOE, ANULANDO-SE, DESDE O INÍCIO, A AÇÃO PENAL.

Superior Tribunal de Justiça

1. Uma análise detida dos 11 (onze) volumes que compõem o HC demonstra que existe uma grande quantidade de provas aptas a confirmar, cabalmente, a participação indevida, flagrantemente ilegal e abusiva, da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado responsável pela chefia da Operação Satiagraha.

2. Não há se falar em compartilhamento de dados entre a ABIN e a Polícia Federal, haja vista que a hipótese dos autos não se enquadra nas exceções previstas na Lei nº 9.883/99.

3. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual, como nos ensina a Prof.^a Ada Pellegrini Grinover, in "Nullidades no Processo Penal", "o direito à prova está limitado, na medida em que constitui as garantias do contraditório e da ampla defesa, de sorte que o seu exercício não pode ultrapassar os limites da lei e, sobretudo, da Constituição."

4. No caso em exame, é inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalidam, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arrepio da lei.

5. Insta assinalar, por oportuno, que o juiz deve estrita fidelidade à lei penal, dela não podendo se afastar a não ser que imprudentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda da imparcialidade. Ele não deve, jamais, perder de vista a importância da democracia e do Estado Democrático de Direito.

6. Portanto, inexistem dúvidas de que tais provas estão irremediavelmente maculadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica, consoante entendimento já cristalizado pela doutrina pacífica e lastreado na torrencial jurisprudência dos nossos tribunais.

7. Pelo exposto, concedo a ordem para anular, todas as provas produzidas, em especial a dos procedimentos nº 2007.61.81.010208-7

Superior Tribunal de Justiça

(monitoramento telefônico), nº 2007.61.81.011419-3 (monitoramento telefônico), e nº 2008.61.81.008291-3 (ação controlada), e dos demais correlatos, anulando também, desde o início, a ação penal, na mesma esteira do bem elaborado parecer exarado pela douta Procuradoria da República.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, em conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Gilson Dipp e Ministra Laurita Vaz, que denegavam a ordem.

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Gilson Dipp. SUSTENTOU ORALMENTE NA SESSÃO DE 01/03/2011: DR. ANDREI ZENKNER SCHMIDT (P/ PACTE)

Brasília (DF), 07 de junho de 2011 (Data do Julgamento).

Ministro Jorge Mussi
Presidente

Ministro Adilson Vieira Macabu (desembargador Convocado do Tj/rj)
Relator

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 149.250 - SP (2009/0192565-8)

IMPETRANTE : ANDREI ZENKNER SCHMIDT E OUTROS
 ADVOGADO : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA
 IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
 PACIENTE : DANIEL VALENTE DANTAS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

ANDREI ZENKNER SCHMIDT E OUTROS impetram habeas corpus em favor de DANIEL VALENTE DANTAS contra acórdão proferido pela 5ª Turma do Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado, verbis:

"HABEAS CORPUS - PENAL E PROCESSO PENAL - PARTICIPAÇÃO DE SERVIDORES DA AGENCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) EM INQUÉRITO CONDUZIDO PELA POLÍCIA FEDERAL - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - LEI 9.883/99 QUE PERMITE COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA - NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL NÃO CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL - ORDEM DENEGADA.

1. Os impetrantes não instruíram o "writ" com elementos de prova suficientes para que esta Corte, neste passo, emita juízo de valor sobre a participação, ou não, de servidores vinculados à Agência Brasileira de Informação (ABIN) nos procedimentos investigatórios, relacionados com a denominada "Operação Satagraha". E mesmo que, por hipótese, se prestassem a permitir uma conclusão positiva, tais documentos não esclarecem em que medida se deu essa participação, a ponto de autorizar, já neste momento, um exame da sua legalidade.

2. A autoridade impetrada nega a participação de agentes da ABIN na persecução penal nº 2008.61.81.008291-3, amparando-se, inclusive, em declaração da própria autoridade policial que presidiu as investigações que culminaram na denúncia formulada pelo Ministério Público Federal. À mingua de quaisquer outros elementos de convicção, robustos o suficiente para provar o contrário, a medida de rigor prestigiar as informações apresentadas pela autoridade impetrada, pois é aquela que se encontra em contato mais direto com os fatos.

3. No que diz respeito aos demais procedimentos investigatórios verifica-se que, em relação a eles, também não foram apresentadas a

Superior Tribunal de Justiça

esta Corte, elementos de convicção suficientes e bastante para que seja avaliada a participação e eventual ilegalidade dessa atividade, por parte dos agentes da ABIN. A impetração não indica um único fato específico, concreto, no qual houve a participação de agentes da ABIN. As informações prestadas pela autoridade impetrada indicam que, se houve participação de agentes da ABIN nos demais procedimentos investigatórios que integram a operação em apreço, esta deu-se de forma secundária, incapaz de justificar qualquer alegação de nulidade de prova, especialmente porque ausente demonstração concreta de prejuízo, conforme se viu do trecho das informações já transcritas nesta decisão. Há que se ter em mente que a premissa básica do processo penal é a regra segundo a qual não se declara nenhuma nulidade sem a demonstração do prejuízo. O artigo 563 do Código de Processo Penal é firme nesse sentido.

4. Não há prova acerca de um prejuízo concreto experimentado pelo paciente, pelo fato de servidores da Agência Brasileira de Informação, hipoteticamente, terem conhecido do conteúdo de conversas telefônicas interceptadas. É certo que esse fato pode até vir a gerar a responsabilização funcional daquela autoridade que eventualmente violou o seu dever de sigilo, contudo, tal violação, não possui o condão de macular a prova como um todo.

5. A Lei 9.883/99 – que instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência – indica a possibilidade de órgãos componentes do aludido sistema, compartilharem informações e dados relativos a situações nas quais haja interesse do estado brasileiro. Tanto a Polícia Federal como a ABIN, integram o Sistema Brasileiro de Inteligência, como se infere dos incisos III e IV do artigo 4º do Decreto nº 4.376/02, que regulamentou a Lei 9.883/99.

6. O compartilhamento de dados e informações sigilosas entre os órgãos encarregados da persecução penal e outros órgãos integrantes do Estado, não é novidade. Basta lembrar que, ordinariamente, IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), Receita Federal, INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), BACEN (Banco Central do Brasil) e CVM (Comissão de Valores Mobiliários), os quais citamos apenas a título de exemplo, compartilham dados com a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, visando o aprofundamento das apurações criminais, e isso nunca causou perplexidade ou surpresa.

7. Eventuais nulidades da fase pré-processual não possuem o condão de contaminar a ação penal. O Código de Processo Penal consagra a

Superior Tribunal de Justiça

dispensabilidade do Inquérito Policial (artigo 39, § 5º), o que, também, corrobora o raciocínio de que eventuais nulidades verificadas naquele âmbito não contaminam a ação penal, que lhe é posterior e ontologicamente distinta.

8.Ordem denegada. (ns. 2.703/2.705 - vol. 11)*

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática do crime de corrupção ativa, como incurso no art. 333, caput, combinado com o art. 29, caput, ambos do Código Penal.

Em longo arrazoado, os impetrantes alegam, em síntese, que:

a) a Operação Satiagraha é resultado de uma investigação criminal oficiosa, realizada à margem de inquérito policial, que foi, indevidamente, substituído pela atuação clandestina da Agência Brasileira de Inteligência - ABIN e de investigador particular, contratado pelo Delegado Protógenes Queiroz - responsável pela operação;

a.1) aponta-se violação aos arts. 144, § 1º, IV, da Constituição Federal e 4º, do Código de Processo Penal, aduzindo que, embora a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN tenha levado a efeito, por pessoas a seu serviço, monitoramentos telefônico e telemático em desfavor do ora paciente, no período compreendido entre fevereiro de 2007 e o início de 2008, o Departamento de Polícia Federal só instaurou o inquérito em 25.06.08;

b) clandestinidade e ilegalidade da investigação comprovadas mediante:

b.1) a "informalidade" tanto na solicitação quanto na execução das atividades realizadas pela ABIN;

b.2) o custeio clandestino da operação realizado pela ABIN, mediante a utilização, inclusive, das chamadas VS - "verbas secretas";

b.3) a manipulação, pela ABIN, de arquivos de áudio e de e-mail acobertados pelo sigilo;

b.4) a interceptação e análise de e-mails trocados entre a área jurídica do Banco Opportunity, indicando monitoramento, pela ABIN, das ações de seus advogados;

b.5) o acesso ilegal, pela ABIN, aos dados dos HDs do Banco Opportunity, acobertados por sigilo;

Superior Tribunal de Justiça

b.6) o acesso ilegal, pela ABIN, ao Sistema Guardião, mediante senhas disponibilizadas por policiais federais;

b.7) a prática, pela ABIN, de atos de vigilância típicos de Polícia Judiciária;

b.8) a realização de diligências (fotografias e filmagens) camufladas em torno da vida privada dos investigados, inclusive mediante a utilização de veículo técnico da ABIN.

c) a intromissão estatal abusiva e ilegal na esfera da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem, proscriba submissão do paciente à condição de 'objeto' das investigações, violando, assim, o Princípio da Dignidade Humana, bem como a obtenção de prova ilícita, em virtude de tal prova ter sido obtida em contrariedade à previsão legal.

Sustentam os impetrantes violação aos arts. 1º, III, e 5º, X, XII, LVI, ambos da Magna Carta e 157, do Código de Processo Penal.

Asseveram, também, que existe vedação ao compartilhamento de informações, entre a ABIN e a Polícia Federal, salvo se os dados forem endereçados, diretamente, à sua Diretoria de Inteligência Policial, nos termos do art. 6º, da Lei nº 9.883/99 e do art. 4º, III e IV, do Decreto nº 4376/02, o que não teria ocorrido, *in casu*;

Por fim, requerem a concessão da ordem de habeas corpus, a culminar com a decretação da nulidade dos Procedimentos nº 2007.61.81.010208-7 (monitoramento telefônico), 2007.61.81.011419-3 (monitoramento telemático) e 2008.61.81.008291-3 (ação controlada), sobre os quais inequivocadamente se projetaram as comprovadas ilegalidades, a fim de que, posteriormente, se possa avaliar a derivação da nulidade a investigações e/ou ações penais decorrentes de tais procedimentos. " (fls. 66 - vol. 01)

Foram opostos embargos de declaração contra o acórdão ora impugnado, que restaram rejeitados, nos termos do acórdão às fls. 2.717/2.718 - vol. 11.

Como não houve pedido de liminar, o Exmo. Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, quando Relator do presente feito, solicitou informações à autoridade apontada como coatora e, posteriormente, deferiu vista ao Ministério Público (fl. 2.679 - vol. 11).

Superior Tribunal de Justiça

No seu parecer, às fls. 2.728/2.733 - vol. 11, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, " ex officio, para que seja expedida ordem, com força para anular, desde o início, a ação penal declinada nesta manifestação. Se tida como incabível a concessão da ordem de habeas corpus, nos moldes propostos, espero, como agente do Ministério Público, o seu deferimento para que seja anulado o acórdão em que o Tribunal Federal Regional da Terceira Região, através de sua Quinta Turma, indeferiu a súplica originária, para que em seu lugar outro seja proferido, com análise e consideração, pelos seus integrantes, dos documentos que se recusaram a apreciar naquela oportunidade."

Vieram-me os autos à conclusão, por atribuição, após ter sido convocado para integrar esta eg. 5ª Turma, em 17.12.10.

Em 24.02.11 foi juntada aos autos, petição requerendo preferência no julgamento.

É, no essencial, o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

Cuidam os autos de procedimentos adotados pela Polícia Federal durante a colheita de provas da conhecida Operação Satiagraha.

É fato público e notório que se trata de uma operação que investigou possíveis crimes de desvio de verbas públicas, corrupção e lavagem de dinheiro, desencadeada em princípios de 2004 e que resultou na prisão - posteriormente revogada, determinada pela 6ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, de vários banqueiros, diretores de banco e investidores, em 8 de julho de 2008, dentre eles DANIEL VALENTE DANTAS, o ora paciente.

Os impetrantes visam, basicamente, com este habeas corpus, a nulidade dos procedimentos de monitoramento telefônico, telemático e ação controlada que resultaram em ação penal instaurada contra o paciente, ao argumento que eles decorreriam de provas ilícitas.

Como dito alhures, sustentam, em apertada síntese, que, no caso concreto, resta cabalmente demonstrada a atuação clandestina e ilegal da ABIN - AGÊNCIA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA e de um investigador particular - que teria sido contratado pelo então Delegado responsável pelas investigações da Operação Satiagraha, realizando vários atos típicos de Polícia Judiciária, que resultaram num conjunto de provas ilícitas, em flagrante violação a diversos dispositivos legais.

Asseveram que "a atuação da ABIN está a serviço exclusivo dos interesses da Presidência da República - e não de outro Poder, órgão ou funcionário da administração pública. De modo algum, portanto, pode-se compreender que suas atribuições englobem a prática de atos típicos de Polícia Judiciária, seja porque (a) ausente previsão legal nesse sentido, seja porque (b) o destinatário de suas atividades (o Presidente da República) é absolutamente diverso do destinatário de qualquer investigação criminal (Ministério Público)" (STJ fls. 19 - vol. 01) (grifos no original)

Aduzem, ainda, que as consequências processuais dessa alegada atuação clandestina e ilegal da ABIN e do investigador particular redundam na nulidade da investigação criminal que resultou em ação penal e inquérito policial, em trâmite perante a 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo, vez que as provas carreadas aos já mencionados processos estariam contaminadas pela ilicitude, quando de sua colheita.

Superior Tribunal de Justiça

Concluem que a eg. 5ª Turma do Tribunal Federal Regional da 3ª Região, ao deixar de reconhecer a atuação da ABIN e de investigador particular na investigação criminal, contrariou os arts. 1º, III, 5º, X, XII, LVI, 144, § 1º, IV, todos da Constituição Federal, bem como os arts. 4º e 157, ambos do Código de Processo Penal.

Com razão os impetrantes.

No caso concreto, o Tribunal a quo denegou a ordem pretendida, afirmando, em brevíssima síntese, que: (i) os impetrantes não comprovaram a participação da ABIN nas investigações, (ii) que é perfeitamente aceitável o compartilhamento de dados entre órgãos do Sistema Brasileiro de Inteligência e (iii) que as nulidades porventura declaradas na fase pré-processual não têm o condão de contaminar a futura ação. Assim está ementada a decisão:

"HABEAS CORPUS" – PENAL E PROCESSO PENAL – PARTICIPAÇÃO DE SERVIDORES DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) EM INQUÉRITO CONDUZIDO PELA POLÍCIA FEDERAL – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – LEI 9.883/99 QUE PERMITE COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA – NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL NÃO CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL – ORDEM DENEGADA.

1. Os impetrantes não instruíram o 'writ' com elementos de prova suficientes para que esta Corte, neste passo, emita juízo de valor sobre a participação, ou não, de servidores vinculados à Agência Brasileira de Informação (ABIN) nos procedimentos investigatórios, relacionados com a denominada "Operação Satiagraha". E mesmo que, por hipótese, se prestassem a permitir uma conclusão positiva, tais documentos não esclarecem em que medida se deu essa participação, a ponto de autorizar, já neste momento, um exame da sua legalidade.

2. A autoridade impetrada nega a participação de agentes da ABIN na persecução penal nº 2008.61.81.008291-3, amparando-se, inclusive, em declaração da própria autoridade policial que presidiu as investigações que culminaram na denúncia formulada pelo Ministério Público Federal. À mingua de quaisquer outros elementos de convicção, robustos e suficientes para provar o contrário, a medida de rigor prestigiar as informações apresentadas pela autoridade impetrada, pois é aquela que se encontra em contato mais direto com os fatos.

3. No que diz respeito aos demais procedimentos investigatórios

Superior Tribunal de Justiça

verifica-se que, em relação a eles, também não foram apresentados a esta Corte, elementos de convicção suficientes e bastante para que seja avaliada a participação e eventual ilegalidade dessa atividade, por parte dos agentes da ABIN. A impetração não indica um único fato específico, concreto, no qual houve a participação de agentes da ABIN. As informações prestadas pela autoridade impetrada indicam que, se houve participação de agentes da ABIN nos demais procedimentos investigatórios que integram a operação em apreço, esta deu-se de forma secundária, incapaz de justificar qualquer alegação de nulidade de prova, especialmente porque ausente demonstração concreta de prejuízo, conforme se viu do trecho das informações já transcritas nesta decisão. Há que se ter em mente que é premissa básica do processo penal a regra segundo a qual não se declara nenhuma nulidade sem a demonstração do prejuízo. O artigo 563 do Código de Processo

Penal é firme nesse sentido.

4. Não há prova acerca de um prejuízo concreto experimentado pelo paciente, pelo fato de servidores da Agência Brasileira de Informação, hipoteticamente, terem conhecido do conteúdo de conversas telefônicas interceptadas. É certo que esse fato pode até vir a gerar a responsabilização funcional daquela autoridade que eventualmente violou o seu dever de sigilo, contudo, tal violação, não possui o condão de macular a prova como um todo.

5. A Lei 9.883/99 – que instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência – indica a possibilidade de órgãos componentes do aludido sistema, compartilharem informações e dados relativos a situações nas quais haja interesse do estado brasileiro. Tanto a Polícia Federal como a ABIN, integram o Sistema Brasileiro de Inteligência, como se infere dos incisos III e IV do artigo 4º do Decreto nº 4.376/02, que regulamenta a Lei 9.883/99.

6. O compartilhamento de dados e informações sigilosas entre os órgãos encarregados da persecução penal e outros órgãos integrantes do Estado, não é novidade. Basta lembrar que, ordinariamente, IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), Receita Federal, INSS (Instituto Nacional de Seguro Social), BACEN (Banco Central do Brasil) e CVM (Comissão de Valores Mobiliários), os quais cita-se apenas a título de exemplo, compartilham dados com a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, visando o aprofundamento das apurações criminais, e isso nunca causou perplexidade ou surpresa.

7. Eventuais nulidades da fase pré-processual não possuem o condão de

Superior Tribunal de Justiça

contaminar a ação penal. O Código de Processo Penal consagra a dispensabilidade do Inquérito Policial (artigo 39, § 5º), o que, também, robora o raciocínio de que eventuais nulidades verificadas naquele âmbito não contaminam a ação penal, que lhe é posterior e ontologicamente distinta.

8.Ordem denegada." (fls. 2.703/2.705 - vol. 11) (publicada em 28/05/2009)

Contra essa decisão foram opostos embargos de declaração, que restaram rejeitados, ante os termos do acórdão acostado às fls. 2.712/2.715 - vol. 11.

Peço vênia para transcrever trecho do acórdão dos declaratórios, que julgo de extrema importância para o deslinde da controvérsia, verbis:

"...omissis..."

Irretocáveis as razões expostas por Sua Excelência.

Cumpra ainda ressaltar o entendimento pacífico desta Egrégia Turma no sentido de que cabe aos impetrantes promover a correta e suficiente instrução do pedido de "habeas corpus", o qual, em virtude do seu rito especialíssimo e célere, não comporta dilação probatória.

Em outras palavras, o pedido de "writ" deve vir acompanhado de prova pré-constituída suficiente para o seu julgamento. Não se justifica o adiamento do exame de um pedido de "habeas corpus", - a prestação da tutela jurisdicional relativa a bem jurídico tão precioso - em virtude de documentos apresentados na última hora, especialmente quando não há prova capaz de comprovar que os interessados somente os obtiveram naquela data.

Atas, deve ficar registrado que o zeloso Juiz Federal Convocado, Dr. Helio Egydio de Matos Nogueira, diligenciou no sentido de examinar o teor das informações contidas na mídia (DVD) juntada aos autos.

Mesmo após tentativas frustradas de acesso ao conteúdo da mídia em questão, no seu próprio gabinete de trabalho, o Juiz Federal Convocado encaminhou o documento aos cuidados do Departamento de Informática desta Corte, que, após novas tentativas infrutíferas, certificou a existência de um defeito no disco juntado aos autos, o que impedia o conhecimento do seu conteúdo.

Diante de um quadro como o acima delineado, outra solução não se apresentava, sendo o indeferimento do pedido de adiamento do julgamento do "writ".

Ademais, nada impede que os impetrantes ajuizem um novo pedido de

Superior Tribunal de Justiça

"habeas corpus" junto a esta Corte, cuidando agora de promover a correta instrução do "writ", ônus que indiscutivelmente lhes cabe.

O que não se pode admitir é que a prestação da tutela jurisdicional reste obstada por força de documentos trazidos aos autos na última hora, especialmente nas circunstâncias acima apontadas, em que a mídia apresentada pela defesa possui um defeito impeditivo de seu acesso.

Plena de acerto a postura adotada pelo Ilustre Juiz Federal Convocado, Helo Egídio de Matos Nogueira, que, no voto que serviu de paradigma para o acórdão lavrado na ocasião, deixou expresso o quanto segue:

"(...) No que diz respeito à volumosa documentação apresentada pelos impetrantes a este Relator na manhã do dia de hoje – disco de mídia com imagens dos autos do inquérito policial em curso na 7ª Vara Federal Criminal de São Paulo – observa não ser possível que a prestação da tutela jurisdicional, que deve ser especialmente célere no caso do Habeas Corpus, seja protelada pela juntada de novos documentos, cabendo salientar que o suposto constrangimento ilegal que estaria sofrendo o paciente deveria ser demonstrado por prova pré-constituída no momento da impetração. Nesta senda, contra-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: 'O habeas corpus, como writ constitucional que é, não rende ensejo à dilação probatória, razão pela qual exige, para seu conhecimento, prova pré-constituída do fundamento da impetração' (STJ – 6ª T – HC 7.277 – Rel. Fernando Gonçalves – j. 21.05.1998 – DJU de 08.06.1998, p. 180).

No mesmo sentido: STJ – 5ª T – HC 25.700 – Rel. José Arnaldo da Fonseca – j. 17.06.2003 – DJU de 25.08.2003, p. 336. Anas, ressaltando que o disco de mídia apresentado pelos impetrantes sequer pode ser aberto para que este Relator pudesse examinar o seu conteúdo. Tanto os computadores do gabinete, quanto aqueles do departamento de informática desta Corte, não conseguiram acessar as imagens ali contidas. Pois bem. Os impetrantes deveriam ter trazido a esta Corte, em tempo hábil, a documentação em apreço, de modo a permitir, inclusive, a manifestação da Procuradoria Regional da República.

E não há elemento de convicção apto a indicar que essa prova foi obtida pelos impetrantes somente agora, de modo a justificar a apresentação de última hora. Contudo, nada impede que os impetrantes apresentem nova impetração com os documentos acima mencionados, ocasião na qual esta Egregia Turma examinará de forma adequada e devida a pretensão porventura

manifestada. A par disso, na augusta via do "writ" não seria possível o exame vertical da prova produzida em inquérito policial que apura

Superior Tribunal de Justiça

supostos delitos perpetrados pela autoridade policial na condução dos procedimentos criminais atinentes à denominada "Operação Satiagraha", até porque o referido inquérito sequer foi concluído. Neste sentido, incabível, nesta sede, a análise aprofundada da documentação nova colacionada pelos impetrantes, que demandaria pesquisa probatória ampla e colajamento de elementos de convicção para que comprovasse a existência de manifesta nulidade do processo, tal como exigido pelo artigo 648, VI, CPP (...)" (n. 623/ vº). (publicado em 26/03/2009)

Rejeito, portanto, a linha de argumentação apresentada pelo embargante a esse respeito. Não procede a alegação de nulidade do acórdão por força do não adimplemento do julgamento do "voto".

Data maxima venia, feita uma análise acurada dos autos, diga-se de passagem, dos 11 volumes que compõem o caso, é possível verificar que existe uma grande quantidade de provas aptas a confirmar, cabalmente - a meu ver, a participação indevida e flagrantemente ilegal da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado Protógenes Queiroz.

Dentre o farto material acostado aos autos, podemos destacar alguns documentos:

- cópia do Ofício enviado pelo Dr. Daniel Lorenz de Azevedo (então Diretor de Inteligência Policial da Polícia Federal) encaminhando ao Dr. Amaro Vieira Ferreira (também delegado da Polícia Federal e responsável pelo Inquérito Policial nº 2-4447/2008, que apurava possível violação de sigilo profissional no decorrer da Operação Satiagraha) cópias de 3 (três) recibos em nome de Francisco Ambrósio do Nascimento, localizados no bojo da prestação de contas do processo nº 08200.001332/2008-22, o qual tem como suprido o DPF Protógenes Pinheiro de Queiroz, ex- coordenador da Operação Satiagraha - fls. 1.460 v/1.462, vol. 6 dos autos.

- ofício enviado pelo delegado Dr. Glorivan Bernardes de Oliveira ao Dr. Amaro Vieira Ferreira, confirmando que o Sr. Márcio Seltz - servidor da ABIN, esteve no Complexo Administrativo Sudoeste, local para onde foi transferido o efetivo da Operação Satiagraha - fls. 1.408-v/1.409, vol. 6 dos autos.

- carta enviada pelo Dr. Paulo Fernando da Costa Lacerda ao Dep. Nelson Pellegrino - Relator da CPI das Escutas Telefônicas Clandestinas, comprovando a participação de agentes da ABIN na Operação Satiagraha - fls. 2.210/2.224 - vol. 9.

- ofício prestando informações, enviado pelo Dr. Amaro Vieira Ferreira ao Procurador da República Dr. Roberto Antônio Dassiê Diana, em

Superior Tribunal de Justiça

12/03/09, no qual se lê: "nessa linha investigativa verificou-se que servidores da Agência Brasileira de Inteligência - ABIN e um ex-servidor, por iniciativa do Delegado Protógenes Queiroz, sem autorização judicial e sem qualquer formalização, foram introduzidos ocultamente nos trabalhos da operação Satiagraha, tomaram conhecimento de dados que estavam sob sigilo, e, seguindo comando daquela autoridade e de outros servidores a ela subordinados, realizaram trabalhos de vigilância, acompanhamento de alvos, registros fotográficos, filmagens, gravações ambientais, análise de documentos igualmente sigilosos, geraram relatórios e produziram transcrições a partir da audição de gravações de conversações telefônicas interceptadas pelo sistema guardião, em situação que ultrapassa qualquer limite de entendimento de que fosse simples atuação pontual com troca de dados de inteligência entre órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Inteligência - SISBIN, cuja razão de existir e finalidade de atuação, diferem diametralmente daquelas correspondentes à Polícia Judiciária da União." (fls. 2.274 - vol. 09)

- às fls. 2.342/2.385-v, vol.10 dos autos, encontra-se o relatório oriundo do inquérito policial, instaurado em 24/07/08 e relatado em 07/04/09, no qual o Delegado Amaro Vieira Ferreira apresenta, detalhadamente, ao Ministério Público Federal o resultado das investigações que confirmam a participação indevida da ABIN e de investigador particular na Operação Satiagraha. Trata-se de um longo relatório, mas peço vênha para transcrever 2 trechos que me parecem relevantíssimos para o desfecho dessa decisão.

No que tange à participação de investigador particular, contratado pelo Dr. Protógenes Queiroz, o relatório consigna, expressamente, que:

**...omissis...*

A participação de terceiro é confirmada pelo depoimento de FRANCISCO AMBRÓSIO DO NASCIMENTO (fls. 795/808), aposentado, ex-servidor da ABIN, que relata as circunstâncias de seu chamamento para execução de trabalhos de interesse da operação, confirmando que tivera acesso a informações sigilosas do bojo da operação." (fls. 2.365 - vol 10)

Por sua vez, no verso da fl. 2.383, destaca-se, verbis:

**...omissis...*

Desse modo, conclui-se que, restou evidenciado desrespeito ao disposto no artigo 8º e conseqüente infração ao disposto na segunda parte, do artigo 10, da Lei nº9.296, de 24 de julho de 1996, uma vez que em relação a atuação dos servidores da ABIN, constatou-se

Superior Tribunal de Justiça

completo desvio de finalidade, tendo ocorrido para aqueles servidores, que assim atuaram, repasse de dados que estavam sob sigilo de justiça em procedimento judicial de interceptação de comunicações telefônicas, autorizada especificamente para fazer prova em investigação criminal e em instrução processual penal, conforme dispõe o artigo 1º da Lei 9.296/96, que regulamentou o inciso XII, parte final, do artigo 5º, da Constituição Federal, situação que determinou o indiciamento dos policiais WALTER GUERRA SILVA (ris. 2124/21270, ROBERTO CARLOS DA ROCHA (ris. 2215/2218) e EDUARDO GARCIA (ris. 2630/2634), além do delegado PROTÓGENES QUEIROZ (ris. 2630/2634), por infração ao disposto na segunda parte, do artigo 10, da Lei 9.296, de 24 de junho de 1996, sendo eles individualmente qualificados e interrogados, de modo geral se recusaram a responder aos questionamentos, optando pelo direito de fazer o somente na justiça”
(grifos no original)

A meu sentir, é bastante razoável que a defesa do paciente tenha apresentado documentos novos - praticamente na data do julgamento dos declaratórios, os quais não me parece ter sido possível obter antes, haja vista que se encontrava em curso a investigação que culminou com o indiciamento do Delegado Protógenes Queiroz, como se depreende, por exemplo, da verificação da data em que foi relatado o resultado da investigação, qual seja, 07/04/09, poucos dias após o julgamento dos Ed's.

Ademais, como muito bem colocado pelo *Parquet*, em seu parecer à fl. 273 dos autos, não se pode considerar protelatório o requerimento do maior interessado no julgamento do writ, qual seja, o paciente:

“...omissis...

9. Pois bem: se o habeas corpus busca uma ordem proveitosa a um indiciado ou a um sujeito processual, que ao vez do impetrante sofre ou acha-se na iminência de suportar os efeitos de um constrangimento ilegal, parece-me extrema de dúvida que a presteza do julgamento respeita, primordialmente, a ele e ao paciente, aos quais, por isso, assiste o direito de buscar seu adiamento, para que o julgador ou os julgadores considerem documentos que se alegam relevantes para a motivação da decisão, ainda que possam, no sopesamento das provas, proclamar a sua desvaña.

10. Logo, tenho que, se corretamente compreendida, a regra invocada pelo eminente relator, para denegar o pretendido adiamento, só autorizaria a conclusão a que chegou o v. acórdão vergastado, se o

Superior Tribunal de Justiça

alongamento do prazo (i) fosse prejudicial ao acusado, ou (ii) pudesse comprometer o exercício da pretensão punitiva, pelo possível pronunciamento, em detrimento do Ministério Público, de prescrição prestes a consumar-se.

11. A legítima, aqui identificada, agrava-se pela circunstância de terem os impretantes esclarecido, a origem, que pretendiam, com a documentação apresentada na data do julgamento, evidenciar a ativa participação da Agência Brasileira de Inteligência - ABIN -, nas investigações que se projetaram sobre o paciente, como, ainda, testifica o v. acórdão que rejeitou os embargos de declaração, manejados logo após a denegação do habeas corpus originário.⁹

Feitas essas considerações, passo à análise do mérito do presente writ.

O art. 144 da Constituição Federal enumera e fixa a atribuição dos órgãos responsáveis pelas atividades de segurança pública:

“ 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.⁹

Em seu § 1º, inciso IV, o mesmo dispositivo legal consigna que as atribuições da Polícia Judiciária, no âmbito da União, cabem exclusivamente à Polícia Federal e, na esfera dos Estados, devem ser exercidas pela Polícia Civil, ressalvada a competência da Polícia Militar (§ 4º), verbis:

“ Art. 144 -

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

...omissis...

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

...omissis...

§ 4º - As polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira,

Superior Tribunal de Justiça

*incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.**

Dentro desse contexto, delimitado pela Constituição Federal, entendo que a atividade investigatória deve ater-se aos ditames fixados. Apenas em casos excepcionalíssimos e desde que preenchidos os requisitos legais do art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, permitir-se-á que essa atividade seja exercida por órgão diverso da Polícia Judiciária.

Por outro lado, a Lei nº 9.883/99 instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência "que integra as ações de planejamento e execução das atividades de inteligência do País, com a finalidade de fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional" (art. 1º) e criou a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, como órgão central de tal sistema, fixando suas atribuições, claramente descritas em seu art. 4º, a saber:

Art. 4º. À ABIN, além do que lhe prescreve o artigo anterior, compete:

I - planejar e executar ações, inclusive sigilosas, relativas à obtenção e análise de dados para a produção de conhecimentos destinados a assessorar o Presidente da República;

II - planejar e executar a proteção de conhecimentos sensíveis, relativos aos interesses e à segurança do Estado e da sociedade;

III - avaliar as ameaças, internas e externas, à ordem constitucional;

IV - promover o desenvolvimento de recursos humanos e da doutrina de inteligência, e realizar estudos e pesquisas para o exercício e aprimoramento da atividade de inteligência." (grifei)

Da simples leitura dos acima mencionados dispositivos legais, pode-se concluir que a atuação da ABIN se limita às atividades de inteligência que tenham como finalidade precípua e única fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional.

E mais. Não há qualquer possibilidade de se caracterizar a participação da ABIN e de ex-servidor do SNI com o intuito de "mero compartilhamento de informações", como consignado no acórdão vergastado, especialmente, porque o próprio acórdão é categórico ao afirmar que esse compartilhamento de informações de dados é admitido em casos excepcionais "a situações nas quais haja interesse do estado brasileiro.", conforme simples

Superior Tribunal de Justiça

leitura da ementa no item nº 5.

Sendo público e notório que o presente writ teve origem em processos investigatórios de possíveis delitos de desvio de verbas públicas, corrupção e branqueamento de capitais, como dizem os portugueses, indaga-se: onde reside o interesse nacional na apuração de tais crimes?

Vivemos em um Estado Democrático de Direito regido por um conjunto de leis que disciplinam e estabelecem os comportamentos permitidos ou proibidos, visando como finalidade principal a tranquilidade pública e garantindo a convivência harmônica dos mais variados grupos sociais. Dentro desse conjunto de normas, destaca-se o Princípio da Legalidade, consagrado em nossa Constituição no art. 5º, inciso II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Alexandre Rezende da Silva, em artigo intitulado "Princípio da Legalidade", publicado em agosto de 2002, no sítio eletrônico *Jus Navigandi*, nos ensina que: "o Princípio da Legalidade é a expressão maior do Estado Democrático de Direito, a garantia vital de que a sociedade não está presa às vontades particulares, pessoais, daquele que governa. Seus efeitos e importância são bastante visíveis no ordenamento jurídico, bem como na vida social. O Devido Processo Legal e a Reserva Legal são os seus mais importantes desdobramentos. É na Administração Pública que se percebe o quanto é importante este princípio, posto que é aí que o Estado se faz sentir mais diretamente junto aos cidadãos. Trata-se do princípio maior do nosso sistema legal, que, como o sistema que é, tem vários princípios norteadores, os quais atingem tanto a aplicação do Direito como a sua elaboração."

Segundo o renomado jurista Luis Roberto Barroso, in Princípio da Legalidade, Delegações Legislativas, Poder Regulamentar, Repartição Constitucional das Competências Legislativas, artigo extraído do site Infojus, - www.infojus.com.br: "O Estado de Direito, desde suas origens históricas, envolve associado ao princípio da legalidade, ao primado da lei, idealmente concebida como 'expressão da vontade geral institucionalizada'".

"Neste sentido, na busca de uma efetiva vida em sociedade é preciso que cada função do Poder respeite o limite das outras funções, sob pena de uma quebra do equilíbrio das funções públicas que é essencial para a existência do denominado Estado Democrático de Direito.

Por força destas premissas, que no decorrer dos anos têm se mostrado verdadeiras, se uma pessoa comete um ilícito, civil, penal, administrativo,

Superior Tribunal de Justiça

tributário, ou qualquer outro, somente poderá ser processada e julgada pelo Poder Judiciário, onde deverão ser assegurados a ampla defesa e o contraditório com todos os recursos a eles inerentes.

A observância dos princípios processuais não significa a busca da impunidade e nem mesmo um incentivo à criminalidade. Se o Estado estiver devidamente aparelhado este conseguirá por meio de procedimentos lícitos produzir as provas necessárias que possam demonstrar a culpabilidade de um acusado, ainda que o crime praticado pelo infrator possa causar repulsa aos seus semelhantes em razão de preceitos éticos ou morais.

A partir do momento em que existe a quebra de todas as garantias estabelecidas na Constituição Federal pode-se afirmar que o Estado de Direito também está sendo fragilizado, uma vez que as Instituições perdem o seu sentido e a promoção da Justiça é transferida para terceiras pessoas, o que fere o princípio da imparcialidade e do devido processo legal.

A liberdade de informação é um direito do cidadão, mas esta liberdade não pode e não deve ultrapassar os limites que também foram estabelecidos no texto constitucional, como o respeito a dignidade da pessoa humana, a integridade física, a preservação da vida, a preservação da imagem, entre outros direitos fundamentais que se encontram enumerados no artigo 5º, da Constituição Federal, e também nos instrumentos internacionais que foram subscritos pelo Brasil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica.

A busca ou mesmo a transmissão de uma informação não pode e não deve ser confundida com uma execração pública, ou mesmo como a realização de julgamentos antecipados, com a imposição de penas que não são provenientes do Poder Judiciário, órgão competente para processar e julgar uma pessoa na República Federativa do Brasil.

...omissis...

Todos crimes devem ser reprimidos pelo Estado na busca da manutenção e preservação da ordem pública e da paz social, mais isto não significa que o Estado possa fazer justiça com as próprias mãos. Os acusados ainda que tenham praticado crimes considerados hediondos devem ser processados e julgados em conformidade com a Lei, que é o instrumento escolhido pela sociedade para a resolução dos conflitos sociais.

...omissis...

Os postulados ora apresentados fazem parte daquilo que as

Superior Tribunal de Justiça

peças muitas vezes até mesmo sem ter o pleno conhecimento ou o alcance do significado costumam chamar de *Estado Democrático de Direito*. Nesta espécie de Estado, o principal mandamento é a *Lei*, a qual deve ser cumprida e respeitada.

O devido processo legal não se confunde com a impunidade, e todos os infratores devem ser condenados, mas as pessoas independentemente do crime praticado possuem o direito líquido e certo de se defenderem, o que não significa que ao final de um processo se provado a autoria e materialidade do ilícito, as pessoas ficarão livres do cumprimento de uma pena.

Apesar de todas essas considerações, se a sociedade chegar a conclusão que os princípios estabelecidos na *Constituição Federal* não possuem eficácia, e que estes princípios não devem mais ser observados e respeitados é preciso então que a *Justiça*, a *Liberdade*, a *Democracia*, sejam abandonadas e que se proceda a um retrocesso no tempo e no espaço e se volte a promover a *Justiça* na sociedade com o emprego das próprias mãos, tendo como base o princípio do olho por olho, dente por dente.

Uma análise imparcial dos fatos leva à conclusão que na realidade o que precisa ser feito é um aprimoramento do sistema, seja na função executiva, legislativa, ou judiciária, uma vez que a sociedade somente pode conviver em paz e em harmonia, buscando a realização dos objetivos coletivos e individuais, e até mesmo nacionais, quando tem como base a *Lei* e também um sistema jurídico.

...omissis...

Assim funciona o *Estado Democrático de Direito* que foi o sistema escolhido pelo legislador constituinte originário quando da promulgação da *Constituição da República Federativa do Brasil*, no dia 5 de outubro de 1988. Somente no Estado de Direito é que permite esse tipo de discussão, pois fora do império da lei não existe democracia, e também não existe liberdade, e ainda não existe devido processo legal. Pode-se afirmar que a *Justiça pelas próprias mãos* causa muito mais mal e muito mais sofrimentos do que a observância dos preceitos processuais que foram estabelecidos quando da promulgação da vigente *Constituição Federal*. (ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues, disponível na internet www.ibccrim.org.br, 14.08.2006.)"

Ora, se uma lei determina, expressamente, frise-se bem, as funções e o *modus operandi* da ABIN, não é aceitável que tais limitações sejam extrapoladas, ainda mais, porque o rol de funções disposto na *Lei* não permite uma interpretação elástica e em desconformidade com o espírito do legislador.

Superior Tribunal de Justiça

Não se pode admitir que em um Estado Democrático de Direito, à margem da lei e de vários Princípios consagrados, como o da legalidade, do devido processo legal e da impessoalidade, se corrobore com o direcionamento e, por que não dizer, com o complô, de uma investigação criminal que ultrapassou todos os limites legais, tornando-se, ouso dizer, uma querela pessoal para incriminar determinada pessoa, valendo-se, para tanto, do uso efetivo de agentes da ABIN e até de um ex-servidor do finado SNI, por parte da autoridade administrativa, em indubitável e inaceitável desvio de poder, maculando todo e qualquer ato administrativo ou investigativo praticado.

E mais. O Delegado Protógenes Queiroz, encarregado de chefiar as investigações da Operação Satiagraha, até por dever de ofício, deveria atuar nos estritos limites da legislação vigente e dentro dos Princípios já mencionados, especialmente, o da Impessoalidade. Aliás e a propósito, valiosa a lição de José dos Santos Carvalho Filho, in *Processo Administrativo Federal*, 3ª Edição, Ed. Lumen Juris:

...omissis...

Em relação ao processo administrativo, é certo que, embora nem sempre haja nítido e cer solvido, há interesses e direitos dos administrados a serem resguardados, de modo que não é de menor relevância a situação de equidistância exigida do administrador em relação aos interessados.

Em outras palavras, o administrador deve situar-se em condição jurídica de nível tal que possa transmitir confiança aos administrados para enfrentar as questões e os pedidos a seu cargo, sem que sua atuação desperte suspeitas e desconfianças por parte daqueles que precisam socorrer-se do processo administrativo.

Se o administrador não tem imparcialidade para conduzir e decidir processos administrativos e porque favorece ou prejudica o interessado, conduta totalmente antagônica ao objetivo que lhe deve nortear a atividade, ou seja, o interesse público.

Vício dessa ordem revela claro desvio de poder, conduta ilegal que deve ser corrigida na via administrativa ou judicial." (grifei)

Sobre o mesmo tema trago, ainda, transcrição da obra "*O controle dos Atos Administrativos*", de Juarez Freitas, 4ª Edição, 2009, Editora Malheiros, p. 82, perfeitamente adequada à situação em análise:

...omissis...

Segundo o princípio em tela, a Administração Pública precisa dispensar tratamento isonômico a todos, sem privilégios espúrios,

Superior Tribunal de Justiça

*tampouco manobras persecutorias, sequer as movidas por supostas boas intenções. Intenta-se a instauração, a cima de sinuosos personalismos, do governo dos princípios e dos objetivos fundamentais, em lugar do idiossincrático imperio 'emotivista' dos projetos de cunho fascioso, antagônicas, por definição, a filosofia da boa administração. **

Não foi por motivo diverso que o douto Procurador da República, que opinou nos autos, asseverou de forma categórica:

* ...omissis...

13. *Sim, porque como órgão central do Sistema Brasileiro de Inteligência (Lei n° 9883, de 1999, art. 3º, caput), a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN - não deve, sob nenhum pretexto, atuar além de sua competência institucional, que se encerra: (i) no conhecimento e na execução de ações, sigilosas ou não, destinadas a coleta e a análise de informes, que vierem a ser considerados necessários ou úteis ao assessoramento da Presidência da República; (ii) no planejamento, na execução e na proteção de conhecimentos sensíveis, relativos a segurança do Estado e da sociedade; (iii) na avaliação de ameaças, internas e externas, à ordem constitucional; e (iv) na formação e desenvolvimento de recursos humanos, na elaboração de uma doutrina de inteligência e na realização de estudos em ordem a aprimorá-la (Lei n° 9883, de 1999), art. 4º, caput, I a IV)*

14. *A natureza exauriente desse elenco de atribuições, cabe agregar o óbice ao compartilhamento dos dados, coligidos em razão de seu exercício, que só pode ser removido pelo Chefe do Gabinete Institucional da Presidência da República, em benefício das autoridades dotadas de poderes para coletá-los, que, mesmo assim, comprometem-se com a guarda do sigilo legalmente imposto, pena da triplíce responsabilidade administrativa, civil e criminal (Lei n° 9883, de 1999, art. 9º, caput, e § 1º e 2º).*

...omissis...

16. *Remarque-se: uma coisa é a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN - representar ao Departamento de Polícia Federal, sugerindo que as autoridades, nele lotadas, cuidem de desvendar um fato de que os seus agentes vieram a tomar conhecimento; outra, bem diferente, é cooptar pessoas a seu serviço em investigações em curso, com o fim de propiciar a prática, por elas, de atos reservados a agentes policiais, a*

Superior Tribunal de Justiça

exemplo de manipulação e da análise de diálogos captados por eficiência de interceptações telefônicas, como ocorreu no caso vertente (ris. 2.731/2.733 - vol. 11) (gritos nos originais)

Por todas essas considerações, parece-me que está claramente demonstrado que: (i) não é função da ABIN investigar possíveis crimes que não tenham qualquer conexão com assuntos de interesse nacional, como no caso concreto e (ii) é inadmissível a participação de um investigador particular contratado diretamente pelo Delegado encarregado de chefiar a operação e pago com dinheiro público, o que nos leva a uma única e possível conclusão: a ABIN extrapolou suas funções ao participar das investigações da Operação Satiagraha.

Apenas a título informativo, a investigação instaurada para averiguar os excessos cometidos pelo Delegado responsável pela operação, resultou, pelo Juízo da eg. 7ª Vara Criminal de São Paulo, nos autos nº 0011893-69.2008.4.03.61681, na sua condenação pela prática dos crimes de violação de sigilo funcional e fraude processual, arts. 325, § 2º, e 347, c/c arts. 69 e 71, todos do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 11 (onze) meses, sendo 2 (dois) anos de detenção, a ser cumprida em regime prisional aberto, ficando substituída pelas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e proibição de exercício de mandato eletivo, cargo, função ou atividade pública, conforme assinalado acima, e pena pecuniária de 52 (cinquenta e dois) dias-multa, no valor unitário de um salário mínimo, corrigida monetariamente a partir do trânsito em julgado da sentença. Além do já exposto, a perda do cargo público ocupado pelo acusado no Departamento de Polícia Federal, nos termos do art. 92, I, do Código Penal, bem como o pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de reparação dos danos morais causados à coletividade.

Ressalto que o processo acima se encontra em grau de recurso no e. STF, tendo sido distribuído à em. Ministra Ellen Gracie, em fevereiro do corrente ano.

Por estas razões, tenho que todas as provas colhidas por agentes da ABIN e pelo investigador particular contratado indevidamente, no curso da operação, são ilícitas.

Podemos definir prova ilícita como sendo aquela obtida com violação de regra ou princípio constitucional.

Em relação às provas ilícitas, nosso ordenamento jurídico adotou o sistema da inadmissibilidade das obtidas por meios ilícitos, ou seja, toda e qualquer

Superior Tribunal de Justiça

prova nessa situação não poderia, em tese, sequer, ingressar nos autos, conforme o disposto nos arts. 5º, LVI, da Constituição Federal e 157, do Código de Processo Penal. E, na hipótese de vir a acontecer, ela deve ser excluída (exclusionary rules).

Consoante LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, a prova ilícita, em sentido estrito, pode ser definida como a "prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela CF e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade". (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas - interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 43.)

Uma vez reconhecida a ilicitude das provas colhidas, necessário verificar os desdobramentos daí advindos.

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*The fruit of the poisonous tree*) teve origem na Suprema Corte Americana, que adotou o entendimento de que os vícios da "árvore são transmitidos aos seus frutos", ou seja, havendo uma origem ilícita, como *in casu*, uma investigação eivada de inconstitucionalidade, toda a prova dela decorrente, mesmo que não ilícita em si, não poderá ser admitida, pois já estaria contaminada.

Assim, o § 1º, do art. 157, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08, admite a adoção da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, ressalvando a hipótese de não se comprovar o nexo de causalidade entre as provas derivadas e as ilícitas ou caso as derivadas possam ser obtidas por intermédio de uma fonte diversa das ilícitas.

Discute-se muito acerca da aplicabilidade da teoria ao Direito Pátrio. No entanto, o excelso Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema, em brilhante voto da lavra do em. Ministro Sepúlveda Pertence, cuja ementa transcrevo a seguir:

"PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, 'NAS HIPÓTESES E NA FORMA' POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS

Superior Tribunal de Justiça

DECORRENTES DA ESCUTA TELEFÔNICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSÍVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALÊNCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - A 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." (HC 69912 segunda / RS, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 16/12/1993 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 25-03-1994 PP-06012, EMENT VOL-01738-01 PP-00112 RTJ VOL-00155-02 PP-00508)

Nesse mesmo sentido, cita-se brilhante precedente da lavra da i. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, verbis:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. AÇÃO PENAL INSTAURAÇÃO. BASE EM DOCUMENTAÇÃO APREENDIDA EM DILIGÊNCIA CONSIDERADA ILEGAL PELO STF E STJ. AÇÕES PENAIS DISTINTAS. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E SEGURANÇA JURÍDICA. 2. ILICITUDE DA PROVA DERIVADA. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. DENÚNCIA OFERECIDA COM BASE EM PROVA DERIVADA DA PROVA ILÍCITA. IMPOSSIBILIDADE. TRANCAMENTO. 3. ORDEM CONCEDIDA.

1. Tendo o STF declarado a ilicitude de diligência de busca e apreensão que deu origem a diversas ações penais, impõe-se a extensão desta decisão a todas as ações dela derivadas, em atendimento aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

2. Se todas as provas que embasaram a denúncia derivaram da documentação apreendida em diligência considerada ilegal, e de se reconhecer a imprestabilidade também destas, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, trancando-se a ação penal

Superior Tribunal de Justiça

assim instaurada.

3. Ordem concedida para trancar a ação penal em questão, estendendo, assim, os efeitos da presente ordem também ao co-réu na mesma ação LUIZ FELIPE DA CONCEIÇÃO RODRIGUES." (HC 100.879/RJ, R., Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgada em 19/08/2008, DJe 08/09/2008) (grifei)

Na mesma linha de entendimento, merecem destaque, ainda, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DELITO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. "PRIVILÉGIO CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO: GARANTIA BÁSICA QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO (PARLAMENTAR, POLICIAL OU JUDICIAL) NÃO SE DESPOJA DOS DIREITOS E GARANTIAS ASSEGURADOS" (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRINCÍPIO "NEMO TENETUR SE DETEGERE". POSITIVAÇÃO NO ROL PETRIFICADO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (ART. 5.º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): OPÇÃO DO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO BRASILEIRO DE CONSAGRAR, NA CARTA DA REPÚBLICA DE 1988, "DIRETRIZ FUNDAMENTAL PROCLAMADA, DESDE 1791, PELA QUINTA EMENDA [À CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA], QUE COMPÕE O "BILL OF RIGHTS" NORTE-AMERICANO (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRECEDENTES CITADOS DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: ESCOBEDO V. ILLINOIS (378 U.S. 478, 1964); MIRANDA V. ARIZONA (384 U.S. 436, 1966), DICKERSON V. UNITED STATES (530 U.S. 428, 2000). CASO MIRANDA V. ARIZONA: FIXAÇÃO DAS DIRETRIZES CONHECIDAS POR "MIRANDA WARNINGS", "MIRANDA RULES" OU "MIRANDA RIGHTS". DIREITO DE QUALQUER INVESTIGADO OU ACUSADO A SER ADVERTIDO DE QUE NÃO É OBRIGADO A PRODUZIR QUAISQUER PROVAS CONTRA SI MESMO, E DE QUE PODE PERMANECER EM SILÊNCIO PERANTE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, POLICIAL OU JUDICIÁRIA. INVESTIGADA NÃO COMUNICADA, NA HIPÓTESE, DE TAIS GARANTIAS FUNDAMENTAIS. FORNECIMENTO DE MATERIAL GRAFOTÉCNICO PELA PACIENTE, SEM O CONHECIMENTO DE QUE TAL FATO

Superior Tribunal de Justiça

PODERIA, EVENTUALMENTE, VIR A SER USADO PARA FUNDAMENTAR FUTURA CONDENAÇÃO. LAUDO PERICIAL QUE EMBASOU A DENÚNCIA. PROVA ILÍCITA. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE). ORDEM CONCEDIDA.

...omissis...

6. Evidenciado nos autos que a Paciente já ostentava a condição de investigada e que, em nenhum momento, foi advertida sobre seus direitos constitucionalmente garantidos, em especial, o direito de ficar em silêncio e de não produzir provas contra si mesma, resta evidenciada a ilicitude da única prova que embasou a condenação. Contaminação do processo, derivada da produção do laudo ilícito. Teoria dos frutos da árvore envenenada.

7. Apenas advirta-se que a observância de direitos fundamentais não se confunde com tomento à impunidade. É mister essencial do Judiciário garantir que o jus puniendi estatal não seja levado a efeito sem máculas ao devido processo legal, para que a observância das garantias individuais tenha eficácia irradiante no seio de toda a sociedade, seja nas relações entre o Estado e cidadãos ou entre particulares (STF, RE 201.819/RS, 2.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, DJ de 27/10/2006).

8. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia com base em outras provas. (HC 107.285/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 07/02/2011) (grisei)*

Assim, não há outro caminho a não ser a descontaminação da investigação, expurgando dos autos todos os elementos colhidos em desconformidade com a lei.

Em decorrência dos desmandos e abusos praticados, as provas obtidas por meios ilícitos, circunstância plenamente evidenciada, não podem mais figurar nos autos do processo, sendo certo que a Constituição de 88 as repudiou, na dicção contida em seu art. 5º, LVI, ao estatuir como cláusula pétrea o princípio de que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Portanto, estamos diante de garantia que integra o postulado do devido processo legal, que exige, na apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria, a observância da forma legalmente prescrita na norma jurídica.

A propósito, cabe transcrever o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, ao assinar, no RHC 90376-3-RJ, Documento: 1040837 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 05/09/2011

Superior Tribunal de Justiça

Segunda Turma, Julgado em 03/04/07:

"A ação persecutoria do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional de "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo."

No mesmo diapasão já posicionou-se Ada Pellegrini Grinover, in "Nulidades no Processo Penal". 9ª Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 145-146, ao enfatizar que o direito à prova está limitado, na medida em que constitui as garantias do contraditório e da ampla defesa, de sorte que o seu exercício não pode ultrapassar os limites da lei e, sobretudo, da Constituição.

Seguindo idêntico prisma é o magistério da insigne professora ao discorrer em sua obra "Liberdades Públicas e Processo Penal – As interceptações telefônicas. Saraiva. 1976, pág.189, quando assinala "a inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem o direito da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes ou fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil".

Acompanhando a linha do pensamento de ADA PELLEGRINI GRINOVER, o Supremo Tribunal Federal, julgando o habeas corpus 90.376-2, em brilhante voto da lavra do e. Ministro Celso de Mello, assim decidiu:

"Prova penal. BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º. LVII) – ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) – INADMISSIBILIDADE – BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDATO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO – IMPOSSIBILIDADE (...) GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO

Superior Tribunal de Justiça

CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL (...) PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA (...) PORQUE IMPREGNADA DE ILICITUDE ORIGINÁRIA. *Doutrina. Precedentes (STF). ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. – A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional de "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 59, LVII), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art.1.º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". *Doutrina. Precedentes. A 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 culde 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 de "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***

Superior Tribunal de Justiça

envenenada²⁾ repudia, por inconstitucionalmente 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 da repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional. (...) Revetem-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatório a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos³⁾.

Não foi outro o sentido dado pela Lei 11.690/08, que traduziu, de forma expressa, o mandamento constitucional que ordena o desentranhamento das provas obtidas por meios ilícitos, estabelecendo no art. 157, do Código de Processo Penal, a seguinte redação:

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

Gostaria de registrar, antes de finalizar o voto, que não se trata de mais um caso rumoroso que ficou impune. Não! Na realidade, os eventuais delitos cometidos pelo ora paciente podem e devem ser investigados e, se comprovados, julgados, desde que observados **SEMPRE E EM QUALQUER CASO**, a legalidade dos métodos empregados na busca da verdade real, respeitando-se o Estado Democrático de Direito e os Princípios da Legalidade, da Impessoalidade e do Devido Processo Legal.

No caso em exame, é inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalidam, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arripio da lei.

Insta assinalar, por oportuno, que o juiz deve estrita fidelidade à lei

Superior Tribunal de Justiça

penal, dela não podendo se afastar a não ser que imprudentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda da imparcialidade.

Num estado de direito efetivo e verdadeiro, o magistrado deve julgar sem paixões e em absoluta sintonia com a estrutura normativa existente, mesmo porque não lhe cabe legislar, mas apenas aplicar as regras elaboradas por outro poder, o legislativo, que na sistemática adotada pela nossa Constituição Federal, no seu art. 2º, também goza de independência, consoante a lição advinda do princípio da separação de poderes.

Ora, se todos são iguais perante a lei, em consonância com o princípio da isonomia insculpido no art. 5º da Lei Maior, não se pode aceitar que uma investigação manipulada, realizada a *littere*, discriminatória em sua essência e inspirada em interesses ilegítimos, tais como motivações políticas e eleitoreiras, possa gerar consequências desastrosas, atingindo a liberdade das pessoas e as garantias processuais, independentemente de quem esteja sendo processado e da natureza da infração penal atribuída ao paciente.

Assim, no caso em exame, indubitoso que as investigações efetivadas pela ABIN, fora de suas atribuições legais elencadas e limitadas, expressamente, no art. 4º, da Lei 9.883/99, em verdadeira usurpação de suas funções e com indistigável desvio de poder, na medida em que foi contratado um ex-agente do SNI para realizar atos próprios da polícia judiciária e, o que é mais grave, pago com verbas secretas, ou seja, dinheiro público, sem previsão legal para tanto, constituem uma das mais graves violações ao Estado Democrático de Direito.

Portanto, inexistem dúvidas de que as referidas provas estão irremediavelmente maculadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica, consoante já demonstrado acima pela doutrina pacífica e lastreada na torrencial jurisprudência dos nossos tribunais.

A evidência, não há como embasar uma denúncia ou a formação do convencimento do juiz para uma prestação jurisdicional revestida da indispensável imparcialidade inerente a todos que exercem, com grandeza e dignidade, a nobre missão de julgar, sem subjetivismos ou tendências ideológicas que não condizem com o verdadeiro sentimento de justiça.

Jamais presentes, eminentes Ministros, ao defrontar-me com um processo, tamanho descalabro e desrespeito a normas constitucionais

Supremo Tribunal de Justiça

intransponíveis e a preceitos legais.

Pelo exposto, concedo a ordem para anular, todas as provas produzidas, em especial a dos procedimentos nº 2007.61.81.010208-7 (monitoramento telefónico), nº 2007.61.81.011419-3 (monitoramento telefónico), e nº 2008.61.81.008291-3 (ação controlada), e dos demais correlatos, anulando também, desde o início, a ação penal, na mesma esteira do bem elaborado parecer exarado pela douta Procuradoria da República.

É como voto.

