

RAFAEL PORTO POMPEU

UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA EM BENEFÍCIO DO RÉU

Rafael Porto Pompeu

UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA EM BENEFÍCIO DO RÉU



Fortaleza - CE

2024

© Copyright 2024 - Todos os direitos reservados.

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo
Diagramação: Vanques Emanuel
Capa: Vanderson Xavier
Produção Editorial: Editora DINCE
Revisão: Da Autora

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)
Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)
Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)
Ma. Roberta Araújo Formighieri
Dr. Francisco Dirceu Barro
Prof. Raimundo Carneiro Leite
Eduardo Porto Soares
Alice Maria Pinto Soares
Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

POMPEU, Rafael Porto

UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA EM BENEFÍCIO DO RÉU

Editora DINCE 2024. 100p. Digital

ISBN: 978-85-7872- 686-7

DOI: 10.56089/978-85-7872- 686-7

1. Direito Civil. 2. Responsabilidade Civil 3. Políticas Públicas

Todos os direitos reservados. Nenhum excerto desta obra pode ser reproduzido ou transmitido, por quaisquer formas ou meios, ou arquivado em sistema ou banco de dados, sem a autorização de idealizadores; permitida a citação

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do(s) autor (es).

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)

Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

APRESENTAÇÃO

Dentro de um panorama histórico, diversas foram as teorias criadas pela doutrina e adotadas pela jurisprudência acerca da prova ilícita e suas derivadas. Tanto a admissibilidade quanto aos seus conceitos, estudiosos se preocuparam em garantir, a defesa e a acusação, maneiras de “convalidar” uma prova outrora tida como ilícita.

O processo penal brasileiro passou por diversas modificações literais e de interpretação, dando aso ao surgimento da teoria objeto deste trabalho. Tudo começou nos Estados Unidos da América com o surgimento da teoria *fruits of the pisonous tree* (frutos da árvore envenenada), até cominar em dezenas de outras teorias que buscaram a validade da prova.

A prova ilícita pro reo é um mecanismo de convalidação da prova utilizado pela defesa que passa a ter um leque de opções para provar a inocência do acusado. Nesta, há a ocorrência de dois crimes, sendo o segundo um meio de obtenção da prova do não cometimento do primeiro.

A doutrina é uníssona no sentido de que o segundo crime estaria abarcado por uma causa excludente do delito, contudo, diverge no quesito da utilização do postulado da

proporcionalidade. A majoritária diz que pode se praticar qualquer crime a fim de justificar a não prática do primeiro, afirmando o direito à liberdade ser de suma importância, o que justificaria a prática de um crime até contra a vida. Já a minoritária, com mais razão, afirma que é imprescindível a observância do princípio da proporcionalidade, ou seja, para justificar o não cometimento do crime e ver-se livre, o acusado poderia praticar crime ofensor a bem jurídico inferior ao ofendido pelo crime investigado.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
SUMÁRIO	7
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 - PROVAS	17
1.1 Princípios norteadores.....	19
1.1.1 Princípio da legalidade	22
1.1.2 Princípio do devido processo legal.....	23
1.2.3 Princípio da presunção de inocência (presunção de não culpabilidade).....	24
1.2.2 Princípio da Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos	28

1.2 Provas Ilícitas X Provas Ilegítimas..... 31

1.3 Sistemas de valoração da prova..... 35

CAPÍTULO 2 - DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA 39

2.1 Teoria da Exceção da Boa-Fé (Good Faith Exception) 39

2.2 Teoria da Exceção de Erro Inócuo 41

2.3 Princípio da Proporcionalidade 43

 2.3.1 Princípio da proporcionalidade e a prova ilícita Pro Reo 49

 2.3.2 Princípio da proporcionalidade e prova ilícita pro societate 51

2.4 Teoria da prova ilícita Pro Reo 53

2.5 Plain view doctrine (teoria da visão ampla) 54

 2.5.1 Teoria do encontro fortuito de provas (serendipidade)..... 58

2.6 Teoria da Open Fields Doctrine e Private Searches Doctrine (teoria dos campos abertos e buscas particulares)	59
2.6.1 Open Fields Doctrine.....	59
2.6.2 Private Searches	60
2.7 Admissibilidade da prova ilícita derivada	62
2.7.1 Teoria da fonte independente.....	64
2.7.2 Teoria da descoberta inevitável.....	67
2.7.3 Nexo causal atenuado (contaminação expurgada, vício diluído, conexão atenuada, limitação da mancha purgada, limitação dos vícios sanados, tinta diluída).....	71

CAPÍTULO 3 - UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA EM BENEFÍCIO DO RÉU

77

3.1 Os Direitos Fundamentais na admissibilidade da prova ilícita pro reo.....	77
3.1.1 Garantias relativas à prisão.....	81
3.1.2 Princípio da não autoincriminação	82

3.1.3 Princípio do contraditório e ampla defesa	83
3.2 A prova ilícita pro reo e o Direito brasileiro	85
3.2.1 Comentários à doutrina majoritária	88
3.2.2 Comentários a doutrina minoritária	88
REFERÊNCIAS	93

INTRODUÇÃO

A admissão da prova ilícita é uma ferramenta revolucionária que trouxe à tona uma nova dinâmica processual. Esta realidade não é banal, mas uma necessidade básica, de modo que não haverá situações de injustiça outrora ocorrida. A verdade material será perseguida pelos sujeitos do processo.

A conduta do sujeito produtor da prova resguarda a integridade processual, além de permitir a garantia de amplas ferramentas de produção de prova. Desse modo, o autor pode atingir seus interesses através desse instituto gerando uma garantia de devido processo legal e afastamento de injustiças, que é um desejo dos princípios processuais.

Esta prática oferece diversas garantias ao processo. São inúmeras as teorias que possibilitam e viabilizam uma investigação eficiente para se chegar ao autor destes crimes. Além deste fato, a velocidade que o conhecimento dessas teorias se propaga, acaba por ser um dos principais motivos pelos quais vem sendo aplicados na jurisprudência pátria de maneira espantosa. A facilidade e o imenso suporte de interpretação da doutrina, dá suporte para que o autor se utilize dos mais variados institutos probatórios, dando amplo espaço para que autor e réu possam obstar

ou não perpetuar sentenças que vão de encontro a perseguida verdade material do processo penal.

Adentrando no conteúdo sobre estes institutos, em verdade, não há uma fiel e expressa previsão que possa facilitar a identificação dessas teorias. As lacunas existentes são supridas pela capacidade de interpretação da doutrina que, além de prever o conceito de provas ilícitas e ilegítimas, dentre outros, interferirá na meta de justiça tão vislumbrada pelos juristas brasileiros.

É mister o entendimento de que prova ilícita, conforme a maioria da doutrina, inclusive do direito comparado, é aquela prova que viola norma de direito penal material. Prova ilegítima, por sua vez, é aquela que viola norma de direito processual. A partir deste conceito pode se entender a teoria da árvore envenenada, chegando as teorias convalidadoras das provas contaminadas.

Dentre muitos ensinamentos da doutrina, admitimos a extrema relevância da admissibilidade da prova ilícita pro reo, porque nela, em um caso prático, são utilizados critérios de ponderação e sopesamento a fim de mensurar ou valorar o bem jurídico ofendido.

Tanto é a importância dessa teoria que já foi tema de diversos filmes Hollywood, por ser um assunto que, do ponto de vista de um leigo, passa despercebido, mas em um caso jurídico, para os operadores do direito, é assunto de suma importância e reflexão.

Além desta teoria, existem muitas outras que podem ser enquadradas no mesmo patamar de importância,

contudo, é reconhecida a dificuldade de aplicação de alguns destes institutos, seja pela falta de capacidade material ou intelectual da polícia e dos demais responsáveis pela persecução do crime. Um exemplo bastante difundido pela doutrina são conflitos de bens jurídicos, entre eles o direito à vida, à liberdade e ao patrimônio.

Diante do emaranhado presente na norma dinâmica processual e os meios em que os procedimentos estão inseridos, é de fácil constatação a importância de legitimar uma prova ilícita em prol do conceito de justiça e sofrer as penalidades cabíveis se houver uma exorbitação deste direito. Não se questiona a aplicação das penas previstas em normais penais, mas a responsabilização subjetiva, de maneira que, em um futuro próximo, com uma maior e mais efetiva previsão legal destes meios, os verdadeiros interessados, os detentores dos intentos processuais, possam levar ao processo baseados no direito e princípios processuais.

Os limites legais estão em um resguardo dos direitos fundamentais dos outros. Logo, esta liberdade garantida torna subjetiva e contraditoriamente limitada. A ideia de utilizar uma prova ilícita que o interessado possui, não pode ser encoberto por argumentos de que a violação do seu direito à liberdade lhe dar poderes e prerrogativas para se valer de institutos não reconhecidos pelo direito que possa resultar em conduta danosa em relação a terceiros, pois o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 prevê a tutela do direito à liberdade, vida, propriedade, patrimônio, dentre outros.

Além do mais, a conduta criminosa não poderá ser rejeitada e deverá ser perseguida em qualquer meio, caso ela esteja tipificada independentemente do modo de obtenção da prova. Neste sentido, é abordado no primeiro capítulo, as nuances e diferenças entre a prova ilícita e a prova ilegítima, de modo que seu funcionamento fosse explicado sem maiores complicações, partindo do seu início até a sua invalidação e posterior convalidação e admissão. Os conceitos tratados por doutrina italiana de Pietro Nuvolone tiveram um destaque objetivo, representando um modo que os entendimentos posteriores sempre citam ele.

No segundo capítulo, falaremos das teorias da admissibilidade da prova ilícita, muitas trazidas do direito comparado, com enfoque no postulado da proporcionalidade, princípio norteador da ponderação de bens jurídicos. Distinguiram-se as mais variadas formas de admissão, dando a estes o seu devido foco e apresentando conflitos no que tange a matérias e o processo sobre critérios de convalidação.

Causas excludentes de ilicitude foram abordadas uma vez que não é de conhecimento geral dos usuários da prova a excludente de criminalidade na defesa de seu direito a produção de prova, conferidos pelo contraditório e ampla defesa.

A teoria da admissibilidade da prova ilícita pro reo com foco no princípio da proporcionalidade, trazendo críticas à doutrina majoritária, foi o assunto terminativo dessa pesquisa, abrangendo as possibilidades existentes e objetivando as normas aplicáveis. Fala-se em respeito à doutrina minoritária que deve haver uma análise do caso

concreto para que, de maneira axiológica, vislumbre a possibilidade da convalidação da prova e a sua utilização no processo. Leads in case foram expostos para melhor fundamentar o projeto e foram apresentados exemplos claros das boas perspectivas existentes para a sedimentação da justiça em prol da verdade material e da responsabilização dos delinquentes que, de maneira desarrazoada, vislumbra a obtenção de determinada prova.

Diante do exposto, o presente trabalho foi desenvolvido através de estudo descritivo-analítico produzido por meio de pesquisa documental doutrinária, baseado em documentos teóricos, publicados em livros, bem como em dados publicados em meio eletrônico. Este, por sua vez, em minoria, dada ampla doutrina tratar do assunto, conforme apresentado no decorrer da pesquisa. A abordagem quanto aos resultados é pura e qualitativa, em razão pela qual tem única finalidade de acrescer conhecimentos sobre o assunto discutido e que o tratado é, demasiadamente, relevante nas relações sociais para toda a coletividade, em virtude da grande representatividade que o assunto provas, em direito processual penal, sempre esteve e continua e continua a ter no ambiente jurídico brasileiro.

Objetiva-se com este, analisar fenômenos históricos e explicar e procurar esclarece-los, sem altera-los, bem como aperfeiçoar as ideias acerca do assunto, uma vez que apresenta divergências e complicações específicas. Desta forma, busca-se sedimentar o entendimento da admissibilidade da prova ilícita pro reo, de modo que cheguemos o mais próximo da verdade material, tão

almejada no processo penal. Para o atingimento, ou aproximação maior possível, do ideal utópico de justiça.

CAPÍTULO 1

PROVAS

Em sentido jurídico, o instituto das Provas cuida-se de instrumento coletado pela polícia repressiva/judiciária (civil) e analisadas por peritos a fim de elucidar fatos, crimes ou não, e repetidas em juízo para terem valor, se não seriam apenas indícios, que, sem despezá-los, são meros elementos informativos.

Indícios são figuras que apontam a ocorrência de determinada mudança no mundo exterior. Por exemplo, para ter valor probatório, parte da droga apreendida deve ser guardada para posterior teste toxicológico definitivo, possibilitando haver a condenação pelo crime do artigo 33 da lei nº 11.343/06. Ao passo que uma denúncia anônima, por exemplo, aponta indícios da ocorrência de determinado delito, que a autoridade policial deve realizar busca incansável para elucidar o fato e extrair tais elementos, que na presença do juiz sejam repetidos e assegurado o contraditório para somente então passarem a ser utilizadas como provas. Em síntese, indício é figura precária, e prova é sólida. Renato Brasileiro (2017, p. 413), em sua recente obra, traz a finalidade da prova de maneira clara:

A finalidade da prova é a formação da convicção do órgão julgador. Na verdade, por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica.

O objeto da prova é a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre fato relevante, que interessa ao processo.

Portanto, quando investigado pela autoridade policial, fala-se em indícios, passando a constar em peça de informação como Inquérito Policial, Termo Circunstancial de Ocorrência ou até mesmo em um Procedimento Investigatório Criminal presidido pelo membro do Ministério Público, falamos em Elementos de Informação, e submetido ao crivo do Contraditório *latu sensu* podemos pensar em provas.

No passado, prevaleceu nos tribunais a tese que a decisão não pode ser fundamentada em indícios. Ocorre que em viragem jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal firmou a tese de que indícios podem ser utilizados para fundamentar condenação, desde que calcados em demais elementos informativos e provas que passaram pelo crivo do contraditório. Trazendo recente posicionamento da Corte Suprema:

No entanto, tais elementos podem ser usados de maneira subsidiária, complementando a prova produzida em juízo sob o crivo do contraditório. Como já se manifestou o Supremo, “os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e

provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo”. (BRASILEIRO. 2017, p. 74)

Importante ressaltar que indícios de forma isolada, não são suficientes para embasar um decreto condenatório. O entendimento supra da Corte Suprema, observa os princípios que norteiam e fundamentam o devido processo penal.

1.1 Princípios norteadores

Por serem mandados de otimização (devem ser aplicados com maior efetividade possível), os princípios possuem carga de menor densidade que as regras, possibilitando maior margem interpretativa.

Na teoria dos princípios formulada por Robert Alexy (2008b), a diferença qualitativa, e não apenas gradual, entre princípios e regras resulta na distinção estrutural dos direitos consagrados nas duas espécies normativas.

Os princípios são definidos como mandamentos de otimização, ou seja, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. (NOVELINO. 2016, p. 114)

Não menos importante que estas, os princípios resolvem seus conflitos a partir de ponderação, jamais um anulando o outro, atenua-se. São comandos deônticos, vagos, abstratos e possuem a forma de enunciados. Princípios são valores fundamentais ou de ideais a serem atingidos.

Uma matéria importante para ser tratada, relativa ao tema, é a diferenciação entre regras e princípios. Conforme pensamento de Canotilho (2007, p. 1124), princípios são conceitos abstratos que podem ser entendidos como normas, seu conteúdo é vago e indeterminado, precisando de interferência de fora de seu conceito para a sua concretização, são mandados de otimização, ao passo que regras são normas de grande densidade normativa e de baixo grau de abstração, são mais fáceis de ser aplicadas. Segundo Dworking (2007, p. 36), o princípio é um “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social, considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Para Alexy (2008, p. 85), os princípios seriam mandados de otimização, que estabelece que algo deve ser feito na medida do possível, ao passo que as regras seguem o tudo ou nada. As regras são interpretadas através da subsunção e os princípios da ponderação.

Conforme o entendimento de Pereira (2006, p. 56), atualmente, a dogmática contemporânea pende em reconhecer uma pluralidade dos intérpretes da constituição, que podem estar nos três poderes de estado. Ainda mais, em sua obra, define que:

A interpretação constitucional é efetivada pelo Poder Executivo, que deve pautar-se pelos comandos constitucionais ao desempenhar as atividades políticas e administrativas inerentes às suas competências. Da mesma forma, interpretar a Constituição é indispensável para o exercício das funções típicas e atípicas do Poder Legislativo: O Parlamento está adstrito ao texto constitucional sob todos os ângulos de sua atuação, devendo observá-lo ao estruturar-se internamente; ao exercer as funções de fiscalização e investigação; ao julgar – nas infrações políticas – os membros de poder; e, sobretudo, ao elaborar as leis. Aliás, quanto à atividade legislativa propriamente dita, a necessidade de o Parlamento interpretar a Lei Maior revela-se ainda mais evidente, já que cabe a este não apenas seguir o procedimento traçado na Constituição e abster-se de contradizer seu conteúdo, mas também de atuar positivamente de modo a realizar os programas, as tarefas e os fins constitucionalmente determinados.

Nos sistemas que adotam o mecanismo do judicial review, o Poder Judiciário é normalmente apontado como o agente por excelência da interpretação da Constituição, uma vez que em tal modelo cabe-lhe o papel de árbitro final das disputas constitucionais.

É firme o pensamento de que a interpretação constitucional não estaria nas mãos do Estado apenas, mas todo povo da sociedade, pois seriam espécie de partes. Para Häberle (1991, p. 20), “podem ser

considerados participantes do processo de interpretação constitucional não só o Judiciário, o Legislativo e o Executivo, mas também as partes – que com suas alegações deflagram o diálogo jurídico”.

São inúmeros os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988, é natural nos depararmos com conflitos ou colisões de direitos fundamentais. No cenário político atual, é comum que haja certas incompatibilidades entre os direitos fundamentais, que devem ser ponderados, de acordo com o caso concreto.

Para iniciarmos o trabalho acerca de provas, falar sobre princípios é assunto obrigatório, dentre os mais importantes estão os que serão abordados a seguir.

1.1.1 Princípio da legalidade

Não há Estado Democrático de Direito sem legalidade. O objetivo da legalidade é conferir o mínimo de segurança jurídica em matéria penal, seja processual ou direito material.

O primeiro instrumento a trazer a legalidade foi a Magna Carta de 1215. Os nobres ingleses queriam direitos e a coroa se viu obrigada a conceder. Foi mera previsão de direitos, muito longe de efetivos.

Só começou a ser respeitado com a Revolução Francesa de 1789, com a Declaração Universal do Homem e do Cidadão. O primeiro Código a incorporar a legalidade foi o Código Penal Francês de 1810. Nos ensinamentos de Renato Brasileiro (2017, p. 50):

O princípio da legalidade processual, desdobramento do princípio geral da legalidade (CF, art. 5º, incisos II e LIV), demanda tanto a regulamentação, por lei, dos direitos exercitáveis durante o processo, como também a autorização e a regulamentação de qualquer intr. omissão na esfera dos direitos e liberdades dos cidadãos, efetuada por ocasião de um processo penal. Logo, por força do princípio da legalidade, todas as medidas restritivas de direitos fundamentais deverão ser previstas por lei (*nulla coactio sine lege*), que deve ser escrita, estrita e prévia. Evita-se, assim, que o Estado realize atuações arbitrárias, a pretexto de aplicar o princípio da proporcionalidade. (grifos originais)

Diante disto, podemos extrair que Legalidade tem diversas vertentes. Todas elas têm em comum a observância da lei, elemento crucial na formação de um Estado de Direito Democrático.

1.1.2 Princípio do devido processo legal

Este princípio nasceu com a Magna Carta de 1215 na Inglaterra, que na verdade veio com o nome de Law of Land. O texto inicial dizia que ninguém poderia ser privado de suas terras, senão sendo-lhe respeitado o devido processo legal.

Fundamenta a visão garantista do processo penal, é instrumento para tornar efetivo os direitos fundamentais do réu.

Doutrina majoritária defende que este princípio é a aplicação, na verdade, do atendimento de todos os outros princípios.

Nas palavras de Renato Brasileiro (2017, p. 473) "concluiu-se que o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LV) pressupõe a regularidade do procedimento, a qual nasce da observância das leis processuais penais".

1.2.3 Princípio da presunção de inocência (presunção de não culpabilidade)

Por esse ser princípio intrinsecamente ligado ao réu, é de suma importância que abordemos com maior verticalidade no assunto.

Este princípio, nada mais é que o direito de não ser declarado culpado, senão após o trânsito em julgado de

sentença penal condenatória. Findo um processo, no qual sejam asseguradas todas as garantias fundamentais.

É de previsão convencional, no art. 8º, parágrafo segundo, da Convenção Americana de direitos humanos, a qual o menciona que é assegurado o princípio de inocência:

Art. 8 – Garantias Judiciais

[...]

2. toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

Também podemos encontrá-lo na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LVII, mas já com nomenclatura de presunção de não culpabilidade. Doutrina discute sobre esse assunto com determinado vigor.

Contudo essa discussão parece-nos inócua, especialmente quanto à matéria estudada:

Na jurisprudência brasileira, ora se faz referência ao princípio da presunção de

inocência, ora ao princípio da presunção de não culpabilidade. Segundo Badaró, não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. (BRASILEIRO apud BADARÓ. 2017, p. 17)

Este princípio funciona como regra probatória, e é o que leva à obrigação de o Magistrado, segundo o artigo 386 do CPP, ao absolver o réu, mencionará a causa na parte dispositiva, ou mesmo se houver dúvida sobre a sua existência. Podemos extrair do artigo que na dúvida em caso de existência de alguma causa de excludente de ilicitude ou culpabilidade, o réu deve ser absolvido.

No tocante ao cumprimento da pena em detrimento à presunção de inocência, podemos fazer breve histórico.

Antes de 2015, a decisão que norteava o começo do cumprimento da pena era a proferida no HC nº 84.078 pelo relator, Ministro Eros Grau, na qual constava que a execução da pena, antes do trânsito em julgado, era contrária à CF. O ministro expôs que era exatamente a *ratio* do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, que traz que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória.". Essa decisão era apoiada pela esmagadora maioria.

Fato interessante, é que no ano de 2015 o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um dos Habeas Corpus mais

inovadores da atualidade (HC nº 126.292), utilizou-se da figura do *overruling* (mudança jurisprudencial) ao julgar que é assegurado o direito do réu de não ser declarado culpado (execução provisória da pena), senão após a prolação de acórdão condenatório por tribunais de apelação. Adotando como parâmetro a convenção acima citada, que traz que a presunção de inocência deve ter lapso temporal enquanto não for legalmente comprovada a culpa. E a Constituição Federal de 1988, segundo doutrina dominante, diz que é até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Como fundamentos para o julgamento do referido HC, o relator, utilizou de argumentos no sentido de que deve ser buscado o equilíbrio entre presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade. Contudo ainda é tema controvertido, tendo em vista que o STF por intermédio do Ministro Gilmar Mendes já se posicionou pelo contrário.

É de se ressaltar doutrina contrária à execução provisória de pena, porque mostra-se extremamente temerária o cumprimento provisório de pena de quem não se sabe ser realmente culpado.

Pelo aludido princípio, podemos ver seus consectários, tais como o princípio do *in dubio pro reo*, que é regra de julgamento, traça a ideia de que havendo dúvida, sobre ponto relevante, o réu deve ser absolvido.

Podemos nos buscar em frente à clareza solar dos efeitos destes princípios, para definirmos o ônus da prova de determinada matéria, a exemplo do que a acusação deve provar os elementos trazidos na exordial acusatória,

e a defesa deve fazer a prova de determinado fato excludente de culpabilidade e ilicitude.

É de se frisar que o modelo de processo penal atual admite situações que o processo corre in dubio pro societate, como nos casos de pronúncia na competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida do tribunal do júri.

1.2.2 Princípio da Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

Aos olhos de um “leigo” pode parecer um completo absurdo que alguém sabidamente culpado seja absolvido por conta de ter a seu favor decretada a ilicitude de alguma prova que o incriminava.

Ocorre que vivemos em um Estado Democrático de Direito, terminologia por muito definida como melhor escrita na forma de Estado de Direito Democrático, pois antes um Estado é de Direito para depois ser democrático, no qual são asseguradas diversas garantias, dentre elas, a garantia do devido processo legal e do primado pela legalidade, como já visto.

Garantia estas que asseguram aos acusados uma série de direitos como o de oportunidade de contraposição e influência sobre a decisão dos magistrados.

O artigo 157 do Código de Processo Penal e o artigo 5º, inciso LVI, Constituição Federal de 1988, à frente abordados, não são nada mais que alguns desses direitos.

Como todo direito fundamental, o direito à prova não tem natureza absoluta. Está sujeito a limitações porque existe concomitantemente a outros direitos também protegidos pelo direito.

Esse direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado, por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório, não é absoluto. Em um Estado Democrático de Direito, o processo penal é regido pelo respeito aos direitos fundamentais e plantado sob a égide de princípios éticos que não admitem a produção de provas mediante agressão a regras de proteção. A legitimação do exercício da função jurisdicional está condicionada, portanto, à validade da prova produzida em juízo, em fiel observância ao princípio do devido processo legal e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LIV e LVI). (BRASILEIRO. 2017, p. 470)

Direito este que está previsto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Brasileira que diz “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Previsão que serve de fator de dissuasão de formas ilegais de

produção de provas, que visa assegurar direitos fundamentais.

Cumpra-se destacar o artigo 157 do CPP que diz que “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. ”, é de suma importância notar que o legislador não diferenciou classes de provas, se ilícitas ou ilegítimas. No transcorrer do trabalho, será abordado com maior clareza aspectos diferenciadores dessas duas espécies.

E é nesse ponto em que o princípio se encaixa no assunto abordado. Inúmeras vezes a defesa consegue êxito no pleito alegando a ilicitude da prova que serviu de fundamentação para determinada decisão, interlocutória ou de mérito. Como exemplo, podemos citar uma interceptação telefônica obtida desrespeitando as regras de concessão da lei nº 9.296/96. Caso determinada decisão seja fundamentada nessa interceptação, por carecer de legalidade, fatalmente ela irá padecer ao processo, não podendo ser mais utilizada, devendo ser desentranhada e inutilizada.

Figura curiosa nesse meio é o juiz que teve contato com a prova ilícita ou de alguma derivada desta, como regra, ele não deverá ser afastado do processo.

Doutrina o chama de Juiz Contaminado. Em suas aulas, o professor Guilherme Madeira Dezen ilustra a situação com uma folha nova de papel representando o juiz imparcial. A amassa representando o Juiz tendo contato com a prova ilícita, e a desamassa conotando o desentranhamento da prova dos autos. Tenta por último

retornar ao estado a quo da folha, não obtendo êxito. Critica o ordenamento no ponto em que o juiz contaminado não deve ser afastado, ressalte-se ser doutrina minoritária. Para fundamentar a situação proposta pela maioria doutrinária, o artigo que previa a figura do juiz contaminado foi vetado (artigo 157, parágrafo 4º, CPP).

1.2 Provas Ilícitas X Provas Ilegítimas

Preliminarmente é de se destacar o gênero prova ilegal, para daí para os seus consectários, quais sejam Provas Ilícitas e Ilegítimas. Para abordar o tema, é necessário traçar um paralelo entre o sistema antes e o sistema depois da reforma de 2008.

Em um sistema pré-2008, a Constituição Federal, em 1988, trouxe previsão constante no artigo 5º, inciso LVI. Neste dispositivo tratava de prova ilícita, mesmo assim era silente quanto à ilegítima, assim como silenciou acerca de suas consequências dentro do processo, somente dizendo que ela era inadmissível.

Doutrina cuidou em suprir, com entendimento trazido de doutrina italiana, para entender a prova ilegal e distinguir prova legítima da ilegítima.

Diante do silêncio da Constituição Federal, a doutrina nacional sempre se baseou na lição

do italiano Pietro Nuvolone para conceituar prova ilegal, e também para distinguir as provas obtidas por meios ilícitos daquelas obtidas por meios ilegítimos. (BRASILEIRO. 2017, p. 498)

Segundo o doutrinador, prova ilegítima seria aquela que viola o direito processual, gerando nulidade; e prova ilícita é a que viola norma de direito material, sendo inadmissível, devendo ser desentranhada e inutilizada.

A prova será considerada ilícita quando for obtida através da violação de regra de direito material (penal ou constitucional). Portanto, quando houver a obtenção de prova em detrimento de direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo, a prova será considerada ilícita. (BRASILEIRO. 2017, p. 498)

No sistema pós-2008, a Constituição não muda, o artigo 5º, LVI, CF fica inerte, mas o CPP sofre mudança em seu artigo 157, “prova ilícita é a obtida com violação a normas constitucionais/legais. É inadmissível e deve ser desentranhada e inutilizada.”.

Nos dias atuais a doutrina diverge, mas em sua maioria, capitaneada pelo Professor Guilherme Madeira,

afirma que o artigo 157 deve ser lido conjugado com o posicionamento de Nuvolone. A minoritária, encampada pelo Professor Gustavo Badaró, não sem razão, diz que não há mais a distinção que havia no sistema pré-2008. A jurisprudência continua fazendo a distinção, embora não mais utilize a nomenclatura prova ilegítima.

Dentre as doutrinas que explicam teorias que fundamentam a admissibilidade da prova ilícita, se destaca Eugenio Pacelli. Ele critica, por exemplo, a diferença entre Proporcionalidade alemã e Razoabilidade americana. A ideia da suprema corte americana é invalidar todas as provas ilícitas produzidas pelo poder público, devido ao princípio da legalidade (O Poder Público deve estrita obediência à lei), já a produzida pelo particular pode ser aproveitada.

Na Europa, dependendo da idoneidade da prova e perigo do crime tratado, o Poder Público pondera, através da proporcionalidade em sentido estrito. Não é vida versus violação de domicílio, a medida deve ser proporcionalidade é igual a ponderação de valores.

Após 2008, nas palavras de Pacelli, o parágrafo segundo do artigo 157 do Código Processual Penal, trouxe limitação à regra da inadmissibilidade pela fonte independente, e nele há um equívoco, ele chama de fonte independente o que é descoberta inevitável. O que a doutrina quer com essas, é limitar essa inadmissibilidade.

O ilustre autor também explica situação outrora ocorrida:

Um sujeito é abordado em blitz policial, e o oficial a partir de um juízo discriminatório, decide fazer uma busca pessoal no rapaz. O policial, munido de preconceito, devido o rapaz ser negro e o carro importado, pensou ser impossível ter sido comprado pelo motorista, segundo ele, não tinha cara de rico. A conduta do policial foi abjeta, quase que criminosa, contudo pessoas vizinhas ao proprietário do carro viram no momento em que o mesmo rapaz pulou o muro e furtou o carro. Portanto, por fonte independente o rapaz poderia ser acusado e condenado ao furto do carro, tais vizinhos deram azo à licitude da prova. (EUGÊNIO... 2013)

Renato Brasileiro (2017), em sua obra trata do posicionamento da jurisprudência acerca da fórmula do *male captum bene retentum*, e os contrapontos para a admissibilidade da prova:

Nesse sentido, aliás, mesmo antes das alterações introduzidas pela Lei nº 11.690/08, há precedente da Suprema Corte: “A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), 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”. (grifos originais) (BRASILEIRO. 2017, p. 498)

A crítica de Pacelli é que nem deveriam existir tais teorias defensoras, na medida em que em um Estado culturalmente evoluído, isso seria um fato axiomático que não precisaria de explicação, se fonte independente ou descoberta inevitável. Com todo respeito ao posicionamento do eminente doutrinador, as demais teorias serão abordadas no decorrer do trabalho.

1.3 Sistemas de valoração da prova

Sistema da íntima convicção (da certeza moral do juiz ou da livre convicção), é o sistema que concede ao julgador ampla liberdade para valorar as provas, com isso, não precisando motivar as decisões.

Ainda são encontrados resquícios desse sistema no ordenamento brasileiro, como por exemplo no júri, os jurados não precisam motivar suas decisões, conforme art. 5º, inciso XXXVIII, da CF, o qual assegura o sigilo das votações aos jurados.

Sistema da verdade legal (tarifado de provas/certeza moral do legislador), é o que a lei diz ser. A lei disse o valor das provas. Pelo menos em regra, esse sistema não é adotado no atual cenário brasileiro, contudo podemos citar algumas exceções, como quando crime deixa vestígios, exame de corpo de delito é obrigatório (art. 158, CPP) e para fazer prova da morte e de casamento existem as certidões (art. 155 e 62, CPP).

Sistema do livre convencimento motivado, no qual o magistrado é livre para apreciar as provas. Não há hierarquia entre as provas, e é necessário fundamentar as decisões e apontar elementos de convencimento. Pela leitura do art. 155 do CPP podemos verificar esse sistema.

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.

Espécie de prova tarifada é vista no parágrafo único do mesmo artigo, o qual diz que “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Remonta ao Código Civil, que por não ser nosso objeto em análise, não será melhor aprofundado.

Segundo Renato Brasileiro:

De acordo com o sistema do livre convencimento motivado (persuasão racional ou livre apreciação judicial da prova), o magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais têm, legal e abstratamente, o mesmo valor, porém se vê obrigado a fundamentar sua decisão. (BRASILEIRO. 2017, p. 496)

Antigamente, sendo resquício da inquisição, muito se falava no brocardo, com a devida vênia, “testemunhas são as prostitutas, a confissão é a rainha das provas.”. Hoje não mais é preponderante esse pensamento, visto que no atual modelo, o Juiz as valora sob motivações explícitas.

CAPÍTULO 2

DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

Neste capítulo explanaremos teorias justificadoras da admissibilidade da prova ilícita no processo. A doutrina criou mecanismos para adoção de provas, primeiramente consideradas ilícitas, em um segundo momento sua validação para fundamentar a condenação ou absolvição do acusado.

2.1 Teoria da Exceção da Boa-Fé (Good Faith Exception)

Ainda não foi utilizada no Brasil, contudo, a Suprema Corte recentemente teve a oportunidade de citá-la como justificativa no caso em que o ministro Gilmar Mendes era relator do processo do caso envolvendo o Banco Opportunity. Neste acontecimento, policiais munidos de mandado em execução da cautelar, adentraram ao prédio pertencente ao banco, contudo, por ser medida que deve ser pormenorizada, na ordem havia previsão da execução no segundo andar. Porém, foram encontrados elementos

informativos em outros andares, em acórdão, órgão de cúpula do judiciário brasileiro decidiu que deveriam ser declaradas como ilícitas (STF, HC 106566/SP, j. 16.12.2014, rel. Min. Gilmar Mendes). Segundo o professor Guilherme Madeira Dezem (2016, p. 271), tecendo comentário à decisão do Supremo:

No caso envolvendo prédio o STF decidiu interessante questão. O mandado de busca e apreensão era direcionado para o 28.º andar e, no curso da diligência, fora ela redirecionada para o 3.º andar. Entendeu o STF que, ante a ausência de mandado de busca e apreensão válido, a diligência ali havida foi considerada ilícita.

Conforme leciona o professor Renato Brasileiro (2016, p. 507), traçando histórico dessa doutrina:

A limitação da boa-fé (em inglês, good faith exception) foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana no caso US v. Leon, em 1984. Nesse julgado, entendeu-se que, na medida em que a vedação às provas ilícitas visa inibir, dissuadir, e desestimular violações aos direitos fundamentais, não seria possível dizer que a prova seria ilícita quando, com base em um mandado de busca e apreensão ilegal expedido por um juiz neutro e imparcial, mas posteriormente considerado como não fundado em indícios necessários para sua expedição, o agente, desconhecendo tal ilicitude e havendo

motivos razoáveis para acreditar na sua validade, obtém provas decorrentes do cumprimento do mandado, tendo convicção de que agia dentro da legalidade.

Surgida no “Lide in Case” Estados Unidos da América - EUA versus Leon, em 1984. Nesta é entendido que a prova ilícita é dirigida para os agentes de polícia pública. Assim, quando os policiais estão em posse de um mandado, não há o que se falar em prova ilícita pois atual de boa-fé, ou seja, imaginam estar legalmente executando ordem legítima.

2.2 Teoria da Exceção de Erro Inócuo

Foi primeiro citada no caso Chapman versus Califórnia, em 1967, nos Estados Unidos. Depreende-se deste entendimento que a prova ilícita pode ser utilizada desde que não seja a única prova. Há severa crítica por parte de respeitável doutrina, pois se a condenação ou absolvição pode ser fundamentada em outra prova, que seja esta utilizada, não precisando de uma outra de reserva.

No Brasil, esta teoria já foi utilizada pelo STJ, apesar de não ter sido feita menção a seu nome. Os fundamentos formam tirados dela, conforme o seguinte:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. SUCEDÂNEO RECURSAL INOMINADO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. SONEGAÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO DÉBITO FISCAL. MATÉRIA NÃO DECIDIDA NA ORIGEM. NÃO CONHECIMENTO SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PROVA ILÍCITA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTROS ELEMENTOS. CONVICÇÃO FORMADA NO ACÓRDÃO ATACADO. ELISÃO DESTA CONCLUSÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. VIA IMPRÓPRIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem contra acórdão de apelação, como se fosse um indevido sucedâneo recursal.

2. Não se conhece da matéria relativa à extinção da punibilidade pelo pagamento do débito fiscal, sob pena de supressão de instância, se não foi ela decidida no acórdão atacado.

3. Fixado no julgamento em xeque que a prova tida por ilícita não foi a única adotada para a condenação, que se baseou em outros elementos, expressamente referidos naquele édito, não há como chegar a uma conclusão diversa, na via eleita, pois é intento que demanda revolvimento fático-

probatório, não condizente com restrito e mandamental veio de conhecimento do writ.

4. Impetração não conhecida.

(HC 187.004/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 15/10/2013, DJe 28/10/2013)

No julgamento em comento, em seu terceiro ponto, fica claro que a prova ilícita não foi o único meio adotado para a condenação. Houve outros elementos probatórios podendo levar a conclusão condenatória.

2.3 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da Proporcionalidade nasceu no caso das farmácias na Alemanha, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal em 1958. O caso tratava-se de uma lei bavaria que restringia o número de farmácias em uma localidade, condicionando a concessão de licenças para o início de novas drogarias, que fosse feito um estudo de viabilidade e que não causariam problemas econômicos para a concorrência da região.

A proporcionalidade, além de outros critérios, é um dos métodos mais utilizados na solução de conflitos entre

os direitos fundamentais. Não é entendimento unanime da doutrina que proporcionalidade é um princípio.

Para Guerra Filho (2007, p. 77), a proporcionalidade é pilar vital para o bom funcionamento de um estado democrático de direito, tratando com ênfase como mandamento da proibição do excesso. Guerra Filho (2007, p.78-81) reconhece a proporcionalidade como uma garantia fundamental, eis que destinada a preservar direitos fundamentais, razão pela qual, apesar de não está expressa na Constituição Federal de 1988, a proporcionalidade “coincide com a essência e a destinação mesma de uma Constituição que, tal como hoje se concebe, pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático”, Guerra Filho (2007, p. 78). O constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho (2007, p. 263), sobre o tema, arremata:

O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é, hoje, assumido como um princípio de controlo exercido pelos tribunais quanto à adequação dos meios administrativos (sobretudo coativos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito.

A doutrina afirma que a proporcionalidade é dívida em três subprincípios, são eles a adequação, a exigibilidade e

a proporcionalidade em sentido estrito, que devem ser satisfeitos concomitantemente.

Na adequação, deve-se notar a idoneidade do ato, se ele é a forma da medida mais adequada, Guerra Filho (2007, p. 89), “dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido”. Barros (1996, p. 74) explica que a “adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional”. Canotilho (2007, p. 264) explica que o subprincípio da constitutivo da adequação ou conformidade “impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”.

Cumprida a primeira etapa, vem a segunda, que é a necessidade, em que devesse verificar se o ato é indispensável e não há outra forma menos gravosa para a sua concretização em detrimento de algum outro direito fundamental, “o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais”, Guerra Filho (2007, p. 89). Arremata Barros (1996, p. 78), “o juiz há de indicar qual o meio mais idôneo e por objetivamente produziria menos consequências gravosas, entre os vários meios adequados ao fim colimado”. A seguir citamos as considerações de Canotilho (2007, p. 264):

O princípio da exigibilidade, também conhecido como princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, coloca a

tônica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menor oneroso para o cidadão.

Após o cumprimento das etapas anteriores, em terceiro vem a proporcionalidade em sentido estrito, no qual deve ser mediante critérios axiológicos, verificado se os benefícios são superiores aos malefícios. É importante ressaltar que na terceira etapa (proporcionalidade em sentido estrito), ocorre a ponderação. Para Guerra Filho (2007, p. 88-89):

O 'princípio da proporcionalidade em sentido estrito' determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o "conteúdo essencial" (Wesensgehalt) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

Sobre a proporcionalidade em sentido estrito, Barros (1996, p. 80) esclarece que o mesmo complementa “os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A ideia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada”. Canotilho (2007, p. 265) afirma que “quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coativa do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coactiva da mesma”, deixando claro que esse subprincípio constitutivo do princípio da proporcionalidade é também conhecido como princípio da justa medida. E arremata, explicando que “meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com um objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”.

Para garantir a eficácia vertical dos direitos fundamentais, a proporcionalidade é muito importante, conforme a lição de Canotilho (2007, p. 266), no combate a restrição de direitos, liberdades e garantias por atos do poder público, no conflito de bens jurídicos de qualquer espécie, e “vincula o legislador, a administração e a jurisdição”.

Essa lei foi invocada em 1955 para impedir que um empresário da área pudesse estabelecer o seu negócio. Ele teve o seu pedido negado pela administração local, então realizou uma reclamação constitucional, arguindo a inconstitucionalidade da lei. Na decisão, o Tribunal Constitucional fixou 3 paradigmas como conseqüências do

princípio da proporcionalidade. De acordo com a Teoria dos Degraus, seriam eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No que se refere a adequação, uma medida é adequada se ela é capaz de estimular a obtenção do resultado pretendido.

Em relação a necessidade, uma medida é necessária se não há outra que produza resultado de igual intensidade sem violar bem jurídicos valiosos, ou seja, não há outra maneira menos gravosa de atingir o resultado.

Na proporcionalidade em sentido estrito é onde ocorre a ponderação de valores.

Por exemplo, se a polícia, munida de mandado, entra em uma casa para executar a medida e com ela a obtenção de um pen drive com 1TB de pornografia infantil. Entra na casa, realiza a prisão do dono do pen drive e o torturam para obter o pen drive. Ele diz que o objeto está no cofre e a medida é realizada com sucesso. A medida foi adequada, contudo, esbarrou no degrau da necessidade, porque a medida poderia ter sido realizada sem a tortura.

Na teoria dos degraus, só passa para o degrau seguinte se o anterior for preenchido.

2.3.1 Princípio da proporcionalidade e a prova ilícita Pro Reo

Em apartada síntese, antes da principal teoria a respeito da admissibilidade da prova ilícita Pro Reo, é necessário que façamos um traço paralelo entre o princípio da proporcionalidade e a admissibilidade da prova ilícita Pro Reo.

O direito de defesa e o princípio da presunção de inocência devem sobrepujar em eventual confronto com o direito de punir do Estado. Assim seria inadmissível condenação injusta baseada em prova ilícita.

Entende-se que o direito de defesa (CF, art. 5º, LV) e o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, 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. Além disso, quando o acusado pratica um ato ilícito para se defender de modo efetivo no processo penal, conclui-se que sua atuação não seria ilícita, eis que amparada pela legítima defesa, daí por que não seria possível concluir-se pela

ilicitude da prova. (BRASILEIRO, 2016, p. 515)

Nesta toada o princípio da proporcionalidade deve ser levado muito em conta quando se refere a admissibilidade de prova ilícita pro reo. Neste sentido, doutrina respeitável defende que a prova pode ser utilizada em favor do acusado, com fito absolutório, e não pode servir de prova contra qualquer pessoa. Em síntese, a prova ilícita pode ser utilizada como meio de inocência, contudo, não pode a mesma ser utilizada para a condenação.

Mas seria possível utilizar-se, em favor do acusado, como único meio para inocentá-lo, de prova obtida mediante tortura? A nosso ver, a situação é bem diferente de uma gravação ou interceptação telefônica ilícita. Neste caso, apesar de haver a produção de uma prova ilícita, o conteúdo da conversa telefônica pode ser considerado verdadeiro pelo juiz, já que não há constrangimento aos interlocutores. Diferente é a hipótese de prova obtida mediante tortura: colhidos mediante o constrangimento de alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, tais elementos probatórios não poderão ser levados em consideração pelo magistrado, porquanto impossível aferir a veracidade (ou não) do conteúdo das declarações de tal pessoa. (BRASILEIRO, 2016, p. 516)

Neste sentido, o autor Renato Brasileiro (2016) faz importante questionamento que nos faz refletir para melhor condução à conclusão do trabalho.

2.3.2 Princípio da proporcionalidade e prova ilícita pro societate

Doutrina e jurisprudência vão no mesmo sentido e defendem a possibilidade da utilização, no processo penal, da prova ilícita favorável ao acusado. De outro lado, há intensa discussão a respeito da utilização em favor da sociedade. Defendendo a utilização em favor da sociedade, podemos citar a obra de Renato Brasileiro (2016, p. 516):

Segundo Barbosa Moreira, a aplicação do princípio da proporcionalidade também autoriza a utilização de prova ilícita em favor da sociedade, como, por exemplo, nas hipóteses de criminalidade organizada, quando esta é superior às Polícias e ao Ministério Público, restabelecendo-se, assim, com base no princípio da isonomia, a igualdade substancial na persecução criminal.

Na mesma obra, Renato Brasileiro (2016) diz que essa admissibilidade *pro societate* somente é possível em situações extremas e pontuais.

As cortes superiores, no entanto, não autorizam essa admissibilidade. O entendimento mais viável é o que, ao admitir-se essa possibilidade cria-se um perigoso precedente, em detrimento de direitos fundamentais.

Em que pese a opinião dos respeitadores autores, a leitura da jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios não autoriza conclusão afirmativa quanto à tese da admissibilidade das provas ilícitas pro societate com base no princípio da proporcionalidade. Prevalece o entendimento 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, LVI, da Constituição Federal. (BRASILEIRO, 2016, p. 517)

Nesse sentido, o STF já defendeu a proibição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo.

2.4 Teoria da prova ilícita Pro Reo

A prova ilícita pode ser usada para absolvição do acusado. Na visão de Eugênio Pacelli, a pessoa que comete crime para provar sua inocência não é condenada por ele, pois estaria abarcada por causa excludente de ilicitude. Seguindo este entendimento da doutrina majoritária, o direito à liberdade é o maior dos direitos. Se uma pessoa comete um crime para se ver livre (provar sua inocência), é válido e exclui a ilicitude, ora estaria presente a excludente de estado de necessidade, ora legítima defesa. Nestes termos:

[...] quando a obtenção da prova é feita pelo próprio interessado (o acusado), ou mesmo por outra pessoa que tenha conhecimento da situação de necessidade, o caso será de exclusão da ilicitude, presente, pois, uma das causas de justificação: o estado de necessidade. Mas mesmo quando a prova for obtida por terceiros sem o conhecimento da necessidade, ou mesmo sem a existência da necessidade (porque ainda não iniciada a persecução penal, por exemplo), ela poderá ser validamente aproveitada no processo, em favor do acusado, ainda que ilícita a sua

obtenção. E assim é porque o seu não-aproveitamento, fundado na ilicitude, ou seja, com a finalidade de proteção do direito, constituiria um insuperável paradoxo: a condenação de quem se sabe e se julga inocente, pela qualidade probatória da prova obtida ilicitamente, seria, sob quaisquer aspectos, uma violação abominável ao Direito, ainda que justificada pela finalidade originária de sua proteção (do Direito). (BRASILEIRO apud PACELLI, 2016, p. 515)

Para uma segunda corrente, minoritária, diga-se de passagem, defendida em posição isolada de Guilherme Madeira Dezen, não pode ser cometido crime mais grave que aquele que é imputado ao sujeito por não poder haver o sacrifício de bem de maior valor para proteção de bem de menor valor. Para esta corrente, a liberdade é analisada em concreto, e não em abstrato. É nessa segunda corrente que encontramos melhor razão para defender este trabalho.

2.5 Plain view doctrine (teoria da visão ampla)

Foi primeiro trazida no caso *Coolidge versus New Hampshire* em 1961, e teve severa evolução no caso *Horton versus Califórnia*, de 1990. Por esta teoria, são criados elementos que permitem avaliar quando pode ser feita a apreensão de objeto que não era o foco da busca. A

doutrina traz critérios ou parâmetros a serem observados para a admissibilidade da prova, sendo o primeiro destes, o objeto deve estar a plena vista do policial. O segundo, o policial deve estar legalmente no local e em terceiro, a natureza incriminadora da prova deve ser evidente.

Como no caso da polícia que entra em escritório de advocacia para buscar a droga do estagiário que é usuário, mas, durante a busca, encontra arma ilegal do advogado. Neste caso, a arma estava em cima da mesa, tendo preenchido o primeiro parâmetro. O policial entrou no recinto pois havia flagrância quanto ao porte para o uso de drogas e com certeza a natureza incriminadora de uma arma ilegal é evidente. Com isso, pelo menos em tese, para esta teoria, a prova deve ser admitida.

No Brasil, esta teoria foi utilizada pelo STJ muito embora não tenha mencionado o seu nome, conforme o julgado:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. NULIDADE. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO EXPEDIDO EM PROCEDIMENTO INSTAURADO PARA APURAÇÃO DE CRIME PRATICADO POR ESTAGIÁRIO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO ESPECÍFICA PARA O ADVOGADO. ILICITUDE DOS ELEMENTOS DE PROVA COLHIDOS. INOCORRÊNCIA. FLAGRANTE DELITO.

CRIMES PERMANENTES. AUSÊNCIA DE REPRESENTANTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. MERA IRREGULARIDADE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - O recorrente é advogado e foi denunciado pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 c.c 12, da Lei n. 10.826/03, pois, em cumprimento a mandado de busca e apreensão no escritório do recorrente, expedido com o fim de apreender arma que pertenceria a estagiário do escritório, a polícia se deparou com aproximadamente 765 g (setecentos e sessenta e cinco gramas) de maconha e um revólver, calibre 38, além de 14 (quatorze) cartuchos íntegros numa caixa de metal.

II - Não obstante o mandado de busca e apreensão tenha sido expedido para apuração de crime praticado pelo estagiário do escritório do recorrente, verificou-se, no cumprimento da medida, a ocorrência flagrancial de dois outros crimes que possuem natureza permanente. Contraria a razoabilidade exigir-se dos policiais envolvidos na diligência que fingissem não ver os crimes, para solicitar, a posteriori, um novo mandado específico de busca e apreensão para o escritório do recorrente (Doutrina e jurisprudência).

III - A despeito da não indicação expressa de representante da OAB local para o acompanhamento da diligência, foi solicitado, pelos policiais nela envolvidos, que uma advogada, estivesse presente e acompanhasse o cumprimento do mandado de busca e apreensão no escritório do

recorrente, o qual se dirigia contra o estagiário. Diligência que não se revela nula em sua execução, quando muito, meramente irregular. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 39.412/SP, Rel. Ministro FÉLIX FISCHER, julgado em 03/03/2015, DJe 17/03/2015)

O contexto em que essa teoria foi encampada, foi em uma época na qual diversos crimes ficavam na cifra negra e não conseguiam chegar sequer a fase de execução, seja pela falta de provas ou pela inadmissibilidade de algumas. Foi criado no direito judicial americano a fim de dar validade a busca e apreensão de drogas, muito embora feita em propriedade privada, ocorre em local ao ar livre.

Como forma de se atenuar o rigor da necessidade de autorização judicial no cumprimento de buscas e apreensões domiciliares no direito americano, foi cunhada pela Suprema Corte americana a doutrina da visão aberta, segundo a qual, com base no princípio da razoabilidade, deve ser considerada “legítima a apreensão de elementos probatórios do fato investigado ou mesmo de outro crime, quando, a despeito de não se tratar da finalidade gizada no mandado de busca e apreensão, no momento da realização da diligência, o objeto ou documento é encontrado por se encontrar à plena vista do agente policial”. (BRASILEIRO, 2016, p. 509)

Esta teoria muito se assemelha a teoria do encontro fortuito de provas, que tem sido muito debatida no cenário político-judicial brasileiro.

2.5.1 Teoria do encontro fortuito de provas (serendipidade)

O encontro fortuito ou casual de provas, também chamado de serendipidade, é utilizado em casos em que no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, é encontrado provas pertinentes a outra infração penal, conexas ou não, que não estavam no curso normal da investigação. Quando o elemento encontrado é uma prova, fala-se em prova achada, quando configura-se um delito fortuitamente encontrado, este é chamado de crime achado.

O Supremo já teve oportunidade de se posicionar acerca do tema, em sede de interceptação telefônica ilegal e ilegítima da qual se extraiu elementos probatórios de outros crimes, conexas ou não, com o investigado.

2.6 Teoria da Open Fields Doctrine e Private Searches Doctrine (teoria dos campos abertos e buscas particulares)

Estas doutrinas consistem na análise da privacidade sob ótica da quarta emenda da constituição americana.

2.6.1 Open Fields Doctrine

Surgiu no caso *Hester versus EUA*, em 1924, e defende que a busca e apreensão feita na área fora da propriedade pode ser legítima. Se não houver a necessidade de uso de equipamentos especiais para visualizar algo, não há o que se falar em violação da privacidade.

No caso em que surgiu esta teoria, foi em uma típica casa americana na qual não havia cerca, a dividir o terreno e a calçada, e também não havia muros. Havia apenas o caminho que levava a calçada a porta de entrada da casa, não havendo qualquer empecilho que viesse a obstar qualquer do povo a adentrar no terreno. Testemunhas de jeová ou mórmons poderiam, por exemplo, ter acesso a campainha, dentro do terreno, e falar com o morador da casa. Ocorre que, no julgado, um policial utilizou um meio extraordinário de investigação, qual seja, um cão farejador, e adentrou no terreno sem qualquer tipo de mandado ou

ordem judicial, o que caracterizou a ilicitude da prova, esta não podendo ser utilizada para o julgamento do feito.

Firmando a tese supracitada, na qual é legítima a prova obtida sem meios extraordinários de investigação, as provas produzidas em campos abertos.

2.6.2 Private Searches

A *Private Searches* teve sua origem no caso *Katz versus EUA*, em 1967, e baseia-se em uma tese bipartida, consistente na existência de uma expectativa subjetiva de privacidade, isso é, a opinião do indivíduo sobre a sua própria privacidade, e também deve existir uma expectativa objetiva de privacidade, levando em conta se a sociedade considera legítima a expectativa do indivíduo.

No caso que originou esta teoria, Katz controlava o crime organizado e se utilizava de telefones públicos para isto. Antes de realizar as ligações, este verificava a existência de atividades suspeitas em volta e fechava a cabine, criando um aspecto subjetivo de privacidade. Desta forma, a pessoa deve acreditar que estava abarcada por privacidade, e em seguida, deve-se verificar se a sociedade entende que aquela privacidade é legítima, caso em que se a resposta for positiva, a prova será tida como ilícita.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. MENSAGENS CRIMINOSAS ENVIADAS PELA INTERNET. ACESSO AO CONTEÚDO DAS COMUNICAÇÕES DISPONIBILIZADO PELOS DESTINATÁRIOS. ACESSO AOS DADOS DE COMPUTADOR EM LAN HOUSE COM AUTORIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO JUDICIAL. INTERROGATÓRIO POR PRECATÓRIA. INVALIDADES NÃO RECONHECIDAS.

Envio de comunicações criminosas, contendo injúria, desacato e incitação à prática de crimes, por meio de computador mantido em Lan House.

Só há intromissão na esfera privada de comunicações, a depender de prévia autorização judicial, na hipótese de interferência alheia à vontade de todos os participantes do ato comunicativo. Caso no qual o acesso ao conteúdo das comunicações ilícitas foi disponibilizado à investigação pelos destinatários das mensagens criminosas.

Autoria de crimes praticados pela internet desvelada mediante acesso pela investigação a dados mantidos em computador de Lan House utilizado pelo agente. Acesso ao computador que não desvelou o próprio conteúdo da comunicação criminosa, mas somente dados que permitiram identificar o seu autor.

Desnecessidade de prévia ordem judicial e do assentimento do usuário temporário do computador quando, cumulativamente, o acesso pela investigação não envolve o

próprio conteúdo da comunicação e é autorizado pelo proprietário do estabelecimento e do aparelho, uma vez que é este quem possui a disponibilidade dos dados neles contidos.

Não é inválida a realização de interrogatório por precatória quando necessária pela distância entre a sede do Juízo e a residência do acusado. Não se prestigia a forma pela forma e, portanto, não se declara nulidade sem prejuízo, conforme princípio maior que rege a matéria (art. 499 do Código de Processo Penal Militar).

Ordem denegada.

(HC 103.425/AM, Rel. Ministra ROSA WEBER, julgado em 26/06/2012, DJe 14/08/2012)

Conforme o julgado acima citado, esta teoria já foi utilizada no Brasil, muito embora não tenha sido utilizado o seu nome.

2.7 Admissibilidade da prova ilícita derivada

Conforme já citado neste trabalho, a teoria do Fruits of The Poison Trees explica a inadmissibilidade das provas conseqüências das ilícitas. Este nome é traduzido pela

doutrina pátria como Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados, não sem razão, há crítica à essa tradução tendo em vista que não são os frutos que são envenenados, é a árvore, pois desta se originam estes. Conforme o artigo 157 do Código de Processo Penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

O parágrafo primeiro do artigo acima citado traz as teorias donexo causal atenuado e da fonte independente, contudo o parágrafo segundo classifica como fonte independente aquela prova que teria sido obtida como descoberta inevitável há certa atecnia criticada pela doutrina. Contudo, a doutrina formulou hipóteses de admissibilidade da prova derivada.

2.7.1 Teoria da fonte independente

Surgiu no caso *Bynum versus EUA*, no ano de 1960, sendo uma decisão da corte de apelação do distrito de Columbia, posteriormente ficando mais conhecida no caso *Murray versus EUA*, no ano de 1988, sendo uma decisão da suprema corte americana.

Se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve novos elementos de informação legítimos, a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem seja conseqüência originariamente da ilícita, com esta não mantendo vínculo de causalidade, tais elementos de prova são admissíveis, pois não foram contaminados pela ilicitude da prova originária.

Neste último caso, dois policiais avistaram uma casa suspeita e resolveram invadi-la. Encontraram muitas substâncias entorpecentes e, em ato contínuo, ligaram para o chefe de polícia, e este ciente que a prova não

poderia ser aproveitada instruiu os policiais a narrarem ao juiz John que acreditavam que, nesta determinada casa, há drogas. O juiz expediu um mandado, e as provas acabaram sendo “esquentadas”. De inaproveitáveis, tornaram-se aproveitáveis. Isso ocorre pois haviam duas fontes independentes da aquisição daquela prova.

No Brasil, com o caso do mensalão, ocorreu situação semelhante. O Procurador Geral da República quebrou o sigilo bancário de 40 investigados, no banco central, sem mandado. Diante disto, inicia-se uma CPI. A CPI também quebra o sigilo bancário dos investigados. Podemos notar que o PGR não poderia ter quebrado o sigilo, mas a CPI pode. Assim afastou a prova ilícita e aproveitou a lícita.

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABIMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES QUANDO HAJA QUATRO VOTOS FAVORÁVEIS À ABSOLVIÇÃO. 1. O art. 333, inciso I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que prevê o cabimento de embargos infringentes na hipótese, jamais foi revogado de modo expresso pela Lei nº 8.038/1990. Tampouco existe incompatibilidade, no particular, entre os dois diplomas normativos. 2. Embora se pudesse, em tese, cogitar da revogação do dispositivo – em razão de a Lei nº 8.038/1990 haver instituído normas sobre o processamento da ação penal originária –, este nunca foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Ao contrário, há mais de uma dezena de pronunciamentos do Tribunal – em decisões monocráticas e acórdãos, de

Turma e do Plenário – no sentido de que o art. 333 se encontra em vigor, inclusive no que diz respeito à ação penal originária. Tais pronunciamentos correspondem à razão de decidir expressamente adotada pela Corte e não podem ser simplesmente desconsiderados, como se nunca tivessem existido. 3. Ademais, Projeto de Lei enviado pelo Executivo ao Congresso Nacional, em 1998, com o fim específico de suprimir os embargos infringentes, foi expressamente rejeitado pela Casa Legislativa. Vale dizer: não só o STF, mas também os Poderes Executivo e Legislativo manifestaram o entendimento de que os embargos infringentes não foram revogados pela Lei nº 8.038/1990. Em deliberação específica e realizada sem a pressão de um processo rumoroso, o Congresso Nacional tomou a decisão expressa de manter esse recurso na ordem jurídica. 4. Embora se possa cogitar da revogação dos embargos infringentes para o futuro, não seria juridicamente consistente a pretensão de fazê-lo na reta final de um processo relevante e emblemático como a Ação Penal 470. 5. Incidência dos princípios do Estado de Direito, da segurança jurídica, da legalidade e do devido processo legal, que impedem o Tribunal de ignorar dispositivo que sempre se considerou vigente a fim de abreviar o desfecho de processo penal determinado.

(AP 470 AgR-vigésimo sexto, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, julgado em 18/09/2013, DJe 14/02/2014).

Em resumo, o conteúdo desta teoria é que quando há duas fontes concretas de prova, uma lícita e outra ilícita, afasta-se a ilícita e usa-se a lícita.

2.7.2 Teoria da descoberta inevitável

Esta teoria surgiu no caso *Nix versus William*, em 1984, na suprema corte norte americana. O caso dizia respeito ao desaparecimento de uma criança em determinado condado norte americano. Como medida investigativa o delegado traça em um território linhas paralelas e perpendiculares, a fim de dividi-lo, para que ele seja inteiramente vasculhado. Fora da área de investigação, a horas de distância do condado, policiais avistam um suspeito nunca visto na região anteriormente. Eles o torturaram e descobriram a morte e suas causas, e aonde o corpo do menino se encontrava, que ficava dentro da área de investigação do delegado. Então os policiais já estavam na metade dos quadrantes divididos e a casa, na qual o corpo estava escondido, seria uma das próximas revistadas. A prova obtida por meio da tortura é ilícita, contudo, de acordo com a teoria da descoberta inevitável, quando se analisam os métodos típicos de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, e se percebe que a prova seria descoberta de qualquer forma, então poderá ser usada a prova derivada. Repare que no caso em comento a casa em que o corpo estava ocultado seria uma das próximas a ser investigada. A descoberta seria desdobramento inevitável da investigação.

Esta teoria já foi utilizada pelo STF no caso em que um marido manda sicário matar mulher. Após a morte ele é preso e os policiais olham em seu celular o registro de chamadas. O primeiro que tem lá é o do marido. Segundo o STF, pode olhar registro de chamadas, mas, ainda que não pudesse, de praxe, é pedido espelho de ligações do

acusado, que seria descoberto o telefone do marido de qualquer forma.

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA.

1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação — não importam em prejuízo à defesa.

2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se

confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados.

2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação.

2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova

redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º.

3. Ilícitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corréu acabaram, de maneira automática, interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão,

que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida.

4. Ordem denegada.

(HC 91.868/PA, Rel. Ministro GILMAR MENTES, julgado em 24/04/2012, DJe 19/09/2012)

No julgado acima, o STF, no tocante às interceptações telefônicas, citou a referida teoria.

2.7.3 Nexo causal atenuado (contaminação expurgada, vício diluído, conexão atenuada, limitação da mancha purgada, limitação dos vícios sanados, tinta diluída)

Em seu conceito, a doutrina diz que não se aplica a teoria da prova ilícita por derivação se o nexo causal, entre a prova primária e a secundária, for atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes da cadeia probatória, da menor relevância, da legalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal.

Neste 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 este vício, permitindo-se, assim, o aproveitamento da prova inicialmente contaminada.

Esta teoria surgiu no caso *Wongsun versus EUA*, em 1963, na suprema corte americana, e também foi trazida no caso *Gäfgen versus Alemanha*, em 2010, na corte europeia de direitos humanos. O STF também analisou esta teoria no julgado do HC 116.931/RJ, julgado em 03/03/2015, pelo relator ministro Teori Zavaski.

No primeiro caso citado, a polícia, mediante tortura, conseguiu a confissão, em audiência de instrução houve nova confissão, e posteriormente houve ação de revisão criminal querendo desconstituição da sentença condenatória, alegando que houve tortura como meio de obtenção da prova da confissão. A corte norte americana entendeu que o nexu causal entre a primeira e a confissão em julgamento foi tênue, houve o decurso do tempo e oportunidade de retratação da confissão, o que não ocorreu. Com isso, a revisão foi improcedente.

No segundo caso, *Gäfgen* era um mendigo que se tornou muito amigo de uma família de banqueiros ricos na Alemanha. Extrema era a confiança em *Gäfgen*, que os banqueiros deixaram seu filho, criança, sob os seus cuidados enquanto saíam a noite. Quando chegaram em casa, *Gäfgen* estava desacordado e a criança havia desaparecido.

Em seu depoimento, *Gäfgen* disse que bandidos entraram fortemente armados e sequestraram a criança. Na tentativa de impedi-los, levou bordoadas e caiu

desacordado. Os bandidos o levaram dizendo que queriam um preço pelo resgate. A polícia da Alemanha, bastante especializada, achou a história com requintes de estranheza. Policiais torturam Gäfgen e ele confessou que havia sequestrado a criança e, por ter sido reconhecido, a matou e ocultou seu corpo. Com o decorrer do processo, em audiência perante o juiz, Gäfgen confessou novamente. Posteriormente, Gäfgen peticionou à corte europeia de direitos humanos alegando terem sido violados seus direitos humanos. A corte decidiu, com base na teoria do nexo causal atenuado, que a sua confissão poderia sim ser utilizada como meio de prova pois o contexto permitia. O nexo era tênue entre a primeira e a segunda confissão.

Em suma, esta teoria evidencia-se que quando o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a prova derivada da ilícita for tênue ou inexistente, pode ser usada a prova derivada.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) ARTIGO 1º, INCISOS I E II DA LEI N.º 8.137/90 E ART. 168-A DO CP. RECEITA FEDERAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. NULIDADE DA PROVA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO. (3) TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CARÁTER ÚNICO DA PROVA TIDA COMO

ILÍCITA. EXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE PROVA TESTEMUNHAL. ILEGALIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário. 2. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. Não cabe à Receita Federal, órgão interessado no processo administrativo e sem competência constitucional específica, requisitar diretamente às instituições bancárias a quebra do sigilo bancário. Pleito nesse sentido deve ser necessariamente submetido à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu decisor, em observância ao art. 93, IX, da Carta Magna. 3. Por mais que reconhecida a nulidade da prova colhida de modo ilícito, não é de se trancar a ação penal, tendo em vista que, na espécie, remanescem elementos outros de prova, como o depoimento de testemunha arrolada na denúncia. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, acolhido o parecer ministerial, declarar nula a prova decorrente da quebra de sigilo bancário. Sustenta o impetrante, em síntese, a ausência de justa causa para a continuidade da ação penal, pois: (a) o suporte probatório que embasa a denúncia está lastreado unicamente nas provas consideradas ilícitas pelo STJ; (b) foi designada a oitiva do auditor fiscal que realizou a fiscalização da pessoa jurídica Santa Cruz Scan Ltda. com base nos extratos bancários ilicitamente obtidos; (c) reconhecida a ilegalidade pelo STJ, não subsiste nenhum indício apto a justificar o

prosseguimento da ação penal. Requer a concessão de liminar para o sobrestamento da ação penal. 2. Não estão presentes os requisitos autorizadores da concessão da medida liminar. Conforme reiterado entendimento desta Corte, o trancamento de ação penal por ordem de habeas corpus somente se dá em hipóteses excepcionais, quando, por exemplo, patentemente demonstrada a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas. Na espécie, o STJ, embora tenha reconhecido a ilegalidade das provas obtidas a partir da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, registrou a legalidade de outros elementos indiciários mínimos aptos a tornar plausível a acusação: Por mais que reconhecida a nulidade da prova colhida de modo ilícito, não é de se trancar a ação penal/anular o recebimento da incoativa, tendo em vista que, na espécie, remanescem elementos outros de prova, como o depoimento da testemunha arrolada na denúncia, José de Arimatéia Viana Pinto, cf. fl. 370. Merecem, também aqui, colação as ponderações da Procuradoria Geral da República: 13. Tal ilegalidade, todavia, não impede o curso da questionada apuração criminal, que subsiste com base em outros elementos de prova regularmente colhidos pelas ações fiscais da Receita Federal do Brasil, cujas referências revelam suficientemente a materialidade dos delitos em apuração, dando também bastantes indícios de autoria contra os sócios da Santa Cruz Scan S/C Ltda. (...). (fl. 401). Não se constata, portanto, flagrante ilegalidade apta a justificar a concessão da medida para sobrestar o regular trâmite da ação penal. 3. Por outro lado, reconhecer a plausibilidade da impetração no sentido de que a denúncia

está lastreada em provas ilícitas por derivação demandaria um cotejo entre os elementos de convicção trazidos aos autos, o que não se revela compatível com o juízo preliminar. 4. Com essas considerações, indefiro o pedido de liminar. Solicitem-se informações ao Superior Tribunal de Justiça. Após, encaminhem-se os autos à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Intime-se. Brasília, 19 de março de 2013. Ministro Teori Zavascki Relator Documento assinado digitalmente.

(HC 116931 MC, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, julgado em 19/03/2013, DJe 21/03/2013)

Conforme o julgado citado, a teoria já foi utilizada no ordenamento Brasileiro.

CAPÍTULO 3

UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA EM BENEFÍCIO DO RÉU

Fugindo à discussão doutrinária, conforme já citado anteriormente, prova ilícita é a prova que vai de encontro às normas de Direito. No estudo da prova ilícita pro reo devemos abranger a abordagem sobre direitos fundamentais e o conflito entre eles.

A preponderância de um direito fundamental sobre outro é averiguada utilizando-se critérios axiológicos, valorando institutos ligados à vida, liberdade, patrimônio, entre outros.

3.1 Os Direitos Fundamentais na admissibilidade da prova ilícita pro reo

Os Direitos Fundamentais são quesitos indispensáveis para a criação e a sustentação de uma democracia. A violação destes tiram o caráter propriamente

democrático de um estado. A razão deste argumento está em quem se dirige aos direitos fundamentais como realizadores dos procedimentos que visam a construção de um Estado Constitucional Democrático, que apesar de tudo são institutos intrinsecamente ligados.

Em uma visão constitucionalista, poderíamos bater de frente com a teoria da admissibilidade da prova ilícita pro societate, pautados no princípio da proibição de excesso (ubermassverbot) que é um postulado o qual, apesar de não estar expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, é ínsito ao sistema e ao espírito da constituição. Não seria razoável e proporcional o Estado ferir Direitos Fundamentais desta monta apenas e tão somente para o fiel cumprimento e realização da persecução penal. Este princípio serve como limitador ao Estado opressor, o que não ocorre no caso da prova ilícita pro reo, considerando que deve se levar em conta situação benéfica ao acusado.

Os Direitos Fundamentais são revestidos da característica da relatividade, não havendo Direitos Fundamentais absolutos.

Para a teoria relativa, a definição daquilo que deve ser definitivamente protegido depende das circunstâncias do caso concreto (possibilidade fática) e das demais normas envolvidas (possibilidade jurídica). O conteúdo essencial será, portanto, algo variável por depender do resultado da ponderação. (NOVELINO, p. 284, 2016)

Em caso de colisão, deve-se estritamente observar o postulado da proporcionalidade. Não há como mensurar Direitos Fundamentais de A ou B, em análise de caso concreto observa-se o limite e pondera-se.

A colisão de direitos ocorre quando dois ou mais direitos abstratamente válidos entram em conflito diante de um caso concreto, hipótese na qual as soluções serão divergentes de acordo com o direito aplicado. Na colisão em sentido impróprio o exercício de um determinado direito fundamental entra em colisão com outros bens constitucionalmente protegidos, como os bens jurídicos da comunidade ("saúde pública", "patrimônio cultural", "defesa nacional" e "família"). (NOVELINO, p. 298, 2016)

Dada a extrema importância da bem jurídica vida, não podemos nos olvidar e não falar no assunto.

Segundo Marcelo Novelino (p. 316, 2016), em sua recente obra, nem mesmo o direito à vida possui caráter absoluto. Em caso de colisão com outro Direito Fundamental, seu caráter relativo deve servir como limite, conforme explana:

O direito à vida, apesar de sua importância axiológica e de ser pressuposto elementar para o exercício de todos os demais direitos, não possui caráter absoluto. Em casos

de colisão com o mesmo bem jurídico titularizado por terceiros ou, ainda, com outros princípios de peso relativo (ou seja, diante do caso concreto) maior, o direito à vida poderá sofrer restrições no seu âmbito de proteção.

Expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, há restrições ao direito à vida, com exemplo da pena de morte no caso de guerra declarada e na lei do abate de aeronaves, entretanto, há outras formas de intervenção que são consideradas legítimas por serem justificadas através de princípios de hierarquia constitucional (cláusula de reserva implícita).

Podemos falar em formas legítimas de intervenção na proteção do direito à vida no caso das excludentes de antijuridicidade, conforme os artigos 23 a 25 do Código Penal Brasileiro. É o caso de um policial que atira em sequestrador por ser o único meio de salvar a vida do sequestrado. No caso em estudo, de acordo com a corrente majoritária, seria possível causar a morte de alguém com o fim de provar o não cometimento do crime antecedente.

Sendo a vida bem jurídico de maior valor, não se pode esquecer do direito à liberdade, que, segundo a rainha Vitória, da Inglaterra, eram os bens jurídicos mais valiosos na preservação e sustentação da dignidade humana.

A liberdade costuma ser definida em duas acepções, a liberdade positiva e a liberdade negativa. A liberdade positiva, também denominada de liberdade política, pode ser definida como a situação em que o sujeito pode orientar suas ações no sentido de um fim, sem sofrer interferência de outros. A liberdade negativa, também conhecida como

liberdade civil, é a situação em que o indivíduo tem a faculdade de ação sem ser obstado ou de não agir sem ser obrigado, é a ausência de impedimentos ou constrangimentos.

3.1.1 Garantias relativas à prisão

Com o fito de tutela de Direitos Fundamentais básicos, mais incisivamente a liberdade de locomoção contra eventuais arbítrios de autoridades públicas, foram expedidos diversos dispositivos referentes à prisão.

Se for averiguada a ilegalidade em qualquer que seja a modalidade de prisão, esta deverá ser imediatamente relaxada pelo juízo competente. A ferramenta protetora da liberdade individual de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, é o Habeas Corpus.

Nos exatos moldes da Constituição Federal de 1988, nenhuma pessoa será presa senão em flagrante de delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, exceto nos casos de transgressão militar ou no crime propriamente militar.

Em situações normais, excetuando-se as modalidades de flagrante de delito e de transgressão ou crime militar, a partir da atual Constituição, a titularidade para decretar a prisão passou a ser exclusiva do poder judiciário.

No passado, o Brasil já passou por diversas instabilidades política ou governamentais que deram ensejo à arbítrios inimagináveis, por isso a Constituição se preocupou tanto com este Direito Fundamental de extrema importância. Além de outras garantias, o acusado tem o direito de informar parentes e amigos sobre o seu paradeiro, de ser assistido por advogado, de ter o seu local e autor de sua prisão bem definidos no auto de prisão em flagrante, entre outras.

Noutro giro, como decorrência da preocupação com os reprováveis procedimentos adotados no regime anterior e corolário do próprio Estado constitucional democrático, o constituinte teve a cautela de prever explicitamente que o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (CF, art. 5º, LXIV). (NOVELINO, p. 401, 2016)

3.1.2 Princípio da não autoincriminação

O princípio da não autoincriminação, previsto, de forma nunca vista antes, no artigo 5º da Constituição, protege a pessoa de determinações do Estado a fim de impor a produção de provas contra si mesmo, em qualquer fase processual.

Esse princípio tem relação com a admissibilidade da prova ilícita pro reo, no tocante em que não somente é admitida a ampla defesa, mas também é assegurado que não se deixe incriminar, o que seria uma forma, por vias oblíquas, de autoincriminação. A ampla defesa e o contraditório, que serão abordados de maneira específica posteriormente, são postulados justificadores do tema em debate.

3.1.3 Princípio do contraditório e ampla defesa

O princípio do contraditório, para muitos considerado gênero, constitui-se da capacidade de rebater uma pretensão e ter poder de influência sobre a decisão do magistrado, responsável pela causa. A ampla defesa, por sua vez, está contida no contraditório e cuida-se dos instrumentos os quais podem ser utilizados na defesa da pretensão.

Não se pode visualizar a ampla defesa de modo restrito. Ela abrange todas as fases processuais, sejam recursais ou extraordinárias.

A Constituição de 1988 permite as partes, em procedimento judicial ou administrativo, e aos réus em sentido amplo, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88). O contraditório constitui-se por dois elementos: informação e reação. É tratado como a ciência bilateral dos atos do processo, com a possibilidade de contrariá-los. Ele

é posto como faculdade, em se tratando como direitos disponíveis.

Como já dito, ampla defesa é decorrência do contraditório, para a defesa dos seus direitos, são assegurados todos os meios legais e morais admitidos. O que não seria uma violação, a esta garantia, o mero indeferimento de procedimento probatório considerado desnecessário ou irrelevante.

Segundo o Novelino (2016), alinhado com a atual jurisprudência do STF, por ser procedimento investigatório e inquisitorial, o inquérito policial não abrange esta garantia, contudo aos investigados indiciados, é assegurado a máxima efetividade constitucional no tocante a proteção do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa.

Todavia, já era observada uma tendência interpretativa do Supremo no sentido de garantir aos investigados e indiciados a máxima efetividade constitucional no que concerne à proteção do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sendo assegurada a amplitude deste direito mesmo em sede de inquéritos policiais e/ou originários. (NOVELINO, p. 415, 2016)

Após reiteradas decisões no mesmo sentido, o STF editou a súmula vinculante nº 14, a qual dá possibilidade

de o defensor ter acesso aos elementos de prova já produzidos em procedimento*o investigatório.

3.2 A prova ilícita pro reo e o Direito brasileiro

O Brasil se pauta no direito comparado, trazendo ensinamentos e ianques ingleses e alemães. Trouxe a teoria dos frutos da árvore envenenada (poisonous tree doctrine), com ela prevista no ordenamento jurídico brasileiro, está a teoria da descoberta inevitável e a da fonte independente, como justificadoras dessa admissibilidade.

Com fundamento na teoria dos frutos da árvore envenenada ("fruits of the poisonous tree doctrine"), também conhecida como teoria da prova ilícita por derivação, as provas derivadas, diretamente ou indiretamente, de provas ilícitas também ficam contaminadas pela ilicitude. Não obstante, no caso de existência de provas autônomas suficientes para fundamentar, por si sós, a responsabilidade penal do réu, a decisão condenatória não deve ser anulada. Também não haverá contaminação quando, apesar de possuir vínculo com a prova ilícita, a prova envenenada puder ser descoberta idoneamente de outra maneira (teoria da descoberta inevitável). Nesse caso, cumpre-se verificar se, de fato - e não

apenas teoricamente - a prova derivada seria descoberta no caso concreto sem qualquer tipo de vício. Inicialmente reconhecida apenas pela jurisprudência, hoje a teoria da prova ilícita por derivação se encontra expressamente consagrada no Código de Processo Penal (CPP, art. 157). (NOVELINO, p. 417-418, 2017)

Inúmeras teorias estrangeiras foram trazidas e são aceitas pela jurisprudência, conforme foram tratadas em capítulos anteriores.

Doutrina se divide quanto a teoria da admissibilidade da prova ilícita pro reo. Eugênio Pacelli (2017), em sua obra, explica a admissibilidade da prova ilícita pro reo, tratando como aproveitamento da prova com exclusão de ilicitude.

O que é inadmissível é a prova ilícita. Havendo situações reconhecidas pelo Direito como suficientes a afastar a ilicitude, as provas, assim produzidas, serão validamente aproveitadas no processo penal.

A exclusão poderá ocorrer em razão da presença de fatos e/ou circunstâncias que afastam a ilicitude da ação praticada, como também em razão de nem sequer se ter por configurada a hipótese de violação de qualquer direito e, por isso, não configurada a hipótese da ilicitude. (PACELLI, p. 194, 2017)

Conforme explanado anteriormente, há duas correntes que predominam em nosso ordenamento, para a maioria da doutrina é admissível a prática de qualquer crime como meio para juntar provas do não cometimento de crime anterior, uma segunda corrente afirma que deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que não seria proporcional a ofensa à bem jurídico mais valioso do que o que fora inicialmente atingido.

Defendendo a primeira e majoritária corrente, temos Eugênio Pacelli (2017), afirmando que o código quando trata das excludentes de ilicitude, podendo ser de ilicitude geral afastada por uma causa de justificação. Ele aduz que o que importa é que em situações de estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de um dever legal e exercício regular do direito, a ação típica realizada está justificada, não se havendo falar em crime, e também explica que:

Assim, quando o agente, atuando movido por algumas das motivações anteriormente mencionadas (causas de justificação), atinge determinada inviolabilidade alheia para o fim de obter prova da inocência, sua ou de terceiros, estará afastada a ilicitude da ação.

Em consequência, estará também afastada a ilicitude da obtenção da prova, podendo ela ser regularmente introduzida e valorada no processo penal. (PACELLI, p. 194, 2017)

3.2.1 Comentários à doutrina majoritária

A doutrina majoritária, conforme já explanado, tratou o Direito Fundamental da liberdade do acusado como se fosse um direito absoluto, indo de encontro à teoria relativa dos direitos fundamentais adotado pela constituição.

Não seria razoável, sequer aceitável, a tutela da liberdade do acusado em detrimento de um direito tão valioso quanto à vida de um cidadão de bem. Para ilustrar o pensamento tratado, podemos citar como exemplo o assassinato de um vigilante para adentrar na sala de segurança que contém uma fita VHS, na qual prova que o assassino não praticou furto anterior. Tal hipótese iria de encontro com a teoria constitucional dos direitos fundamentais e desprezaria completamente o postulado da proporcionalidade.

Seria de total irresponsabilidade o Estado, por meio de seu ordenamento jurídico, fechar os olhos ou dar as costas ao caso concreto e perpetuar uma injustiça como esta.

3.2.2 Comentários a doutrina minoritária

Melhor doutrina aduz que o caso concreto deve ser analisado e bem esmiuçado a medida que o processo trata

de direitos fundamentais de extrema importância, sempre pautado no postulado da proporcionalidade. O crime praticado para obtenção de prova justificadora de crime antecedente, deve ser ofensor a bem jurídico “inferior” ao bem jurídico atingido em um crime anterior praticado. Seguindo o pensamento de Guilherme Madeira Dezem (2016, p. 210):

Entendemos, porém, de maneira isolada, que a questão não pode ser tratada desta forma. A causa excludente da ilicitude, seja ela a legítima defesa, seja ela o estado de necessidade, não admite o sacrifício do bem de maior valor em detrimento do de menor valor.

Em breve ilustração, podemos citar, por exemplo, o caso de que para justificar o não cometimento de um homicídio, o acusado invade sala de segurança e furta VHS que em seu conteúdo tem o condão de provar a inexistência de autoria de crime de homicídio. Como podemos ver, o crime praticado, de furto, estaria amparado por excludente de ilicitude, em casos de legítima defesa e, em outros, de estado de necessidade.

Se o entendimento fosse diverso, o Estado estaria tutelando a liberdade do acusado em face de bem jurídicos igualmente ou ainda mais valiosos da vítima do crime para se obter a prova do crime anterior.

CONCLUSÃO

Compreendido a admissibilidade das provas ilícitas e as derivadas, com estudo aprofundado de suas teorias, demonstra-se de suma importância e relevância a teoria da prova ilícita pro reo. Esta situação é provocada na tentativa de justificar a inocência da imputação de crime antecedente.

Aos poucos e bem vagarosamente esta teoria vem sendo utilizada pela doutrina, contudo, as correntes que tratam da relevância e do crime praticado para se obter a prova não vêm sendo debatidas com a devida importância.

Para a primeira corrente, encampada por Eugênio Pacelli, não há necessidade de se analisar o caso concreto e averiguar qual o crime praticado para a obtenção da prova. É temerário pensarmos que para justificar o não cometimento de um furto poderíamos praticar um homicídio qualificado, diga-se de passagem, um crime hediondo. Para esta corrente não há valoração de bens jurídicos, colocando o direito à vida na mesma vala de um direito patrimonial. No entanto, esta é a corrente que tem prevalecido e aparecido em julgados da corte de uniformização de jurisprudência do Brasil, qual seja o Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Com mais razão, doutrina minoritária traz a segunda corrente, a qual atribui juízo de valor aos bens jurídicos, estando o bem jurídico da vida em uma escala superior a todos os outros, defendendo a necessidade de um estudo mais aprofundado do caso concreto e, se utilizando de critérios axiológicos, afirmam que o postulado da proporcionalidade não pode ser esquecido, portanto, o bem jurídico ofendido, para se obter prova do crime, deve ser inferior ao bem jurídico atingido pelo crime anterior.

Como se já não bastasse a desproporção entre o justo e o aceito pela jurisprudência pátria, os preceitos de justiça encontram-se completamente deturpados ao verificar que se aceita a ofensa a bem jurídico mais valioso, sem a análise da proporcionalidade, para provar a inexistência de ofensa a bem jurídico não tão valioso. Desta forma, percebe-se um amparo ao desespero e não ao que pode ser considerado justo.

Não se vislumbra a adoção da doutrina minoritária à admissibilidade da prova ilícita pro reo, mesmo representando melhor os preceitos de justiça e defendendo com mais rigor os direitos fundamentais. Neste sentido, o que temos com este trabalho são estudos que não devem cessar pois não pode prevalecer o amparo absoluto quando este não é proporcional e serve de abrigo a injustiças provocados pela impunidade ao mais grave e pelos abusos cometidos sob o entendimento majoritário. Aqui, não podemos

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Entrenchment*, Interesse Público e Jurisdição Constitucional. In: QUARESMA, Regina *et al* (Org.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. (p. 187-202) In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo. **Vinte anos da constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARRSOS, L. R. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em: 10 mai. 2012.

_____, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo, e Constitucionalização do Direito (p. 51-91). In: QUARESMA,

R. OLIVEIRA, M.L.P. OLIVEIRA, F.M.R. (Orgs.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009b.

_____, Paulo. **Ciência Política**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDIERI, Luís Maria. Derechos fundamentales ¿y deberes fundamentales?. (p. 211-244) *In*: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Sarlet Wolfgang. CARBONELL, Miguel (org.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. (p. 31-60) *In*: SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. (orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009a.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008)

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Anderson Alves dos Santos e Rafael Leandro Pinho. Supremo Tribunal Federal (Org.). **Súmulas do STF**. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2017.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 106566. Relator: Ministro Gilmar Mendes. São Paulo, SP, 12 de fevereiro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**. [s.i.], 18 fev. 2015. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178728167/habeas-corpus-hc-106566-sp-sao-paulo-9944578-2920101000000>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. 2ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais. Limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21-62.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. **Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal. Ano 36, n. 143, p. 191-209, jul/set. 1999.

GRADO, Guido Aguila. Apuntes Críticos sobre el Neoconstitucionalismo. In: SAVARIS J., STRAPAZZON C. (Org.) **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: Um Diálogo Latino-Americano**. Curitiba: Alteridade, 2012. (p. 397 – 417).

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007.

KROHLING, Aloísio. **Direitos humanos fundamentais: diálogo intercultural e democracia**. São Paulo: Paulus, 2009.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto *et al.* **Política e Jurisdição Constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001.

_____, Ana Maria D'Ávila. **Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário**. Sequência v. 29, n. 59, p. 43-60, Florianópolis, 2010.

_____, Ana Maria D'Ávila. Hierarquização dos direitos fundamentais? **Revista de direito constitucional e internacional**. v. 9, n. 34, p. 168-183, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAIA, Antônio Cavalcanti. As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos Acerca do Neoconstitucionalismo (p. 05 – 27). In: QUARESMA, R. OLIVEIRA, M.L.P. OLIVEIRA, F.M.R. (Orgs.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MALUF, S.R. O “Novo” Positivismo: Breves Apontamentos Históricos e a Perspectiva Atual. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, n. 09, 2008. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/articloe/viewFile/95/86>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório de Jurisprudência IOB**. Vol. 1 Tributário, constitucional e administrativo, 1ª quinzena de março de 2003, n. 05, p. 178-185, São Paulo: IOB.

MORAES FILHO, J. F. **Congresso Constituinte, Constituição Dirigente e Estado de Bem-Estar**. 2009. 71f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. Tradução de Eveline Bouteiller. Barueri: Manole, 2004.

NEGRÃO, João José. **Para Conhecer o Neoliberalismo**. São Paulo: Publisher Brasil, 1998.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. O Neoconstitucionalismo, a Teoria da Justiça e o Julgamento (p. 29 – 50). In: QUARESMA, R. OLIVEIRA, M.L.P. OLIVEIRA, F.M.R. (Orgs.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RIVERO, Jean e MOUTOUH, Hugues. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. **Liberdades Públicas**. São Paulo, 2006, Martins Fontes.

SARLET I.W. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Páginas de Direito**. Publicado em 17 jan. 2006. Disponível em <http://tex.pro.br/tex/images/stories/PDF_artigos/proibicao_ingoo_wlfgang_sarlett.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2012.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades (p. 267-302). In: QUARESMA, R. OLIVEIRA, M.L.P. OLIVEIRA, F.M.R. (Orgs.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SAVARIS, José Antônio. Globalização, Crise Econômica, Consequencialismo e a Aplicação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC). In: SAVARIS J., STRAPAZZON C. (Org.) **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: Um Diálogo Latino-Americano**. Curitiba: Alteridade, 2012. (p. 89 – 125).

SILVA, Alexandre Garrido da. Neoconstitucionalismo, Pós-Positivismo e Democracia: Aproximações e Tensões

Conceituais (p. 93 - 128). In: QUARESMA, R. OLIVEIRA, M.L.P. OLIVEIRA, F.M.R. (Orgs.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOARES, D. A. O direito fundamental à educação e a teoria do não retrocesso social. **Revista de informação legislativa**, v.47, nº 186, p. 291-301, abr./jun. de 2010. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/198687/1/000888837.pdf>>. Acessado em: 22 nov. 2012.