



A PROVA ILÍCITA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL

SANTOS, Michel Robert de Abreu Domingues dos¹
VIEIRA, Tiago Vidal²

RESUMO

O presente trabalho analisa, a partir da doutrina, jurisprudência e legislação vigente, a evolução da limitação da atividade probatória no processo penal, buscando demonstrar o tratamento que os sistemas processuais têm despendido no trato com o acusado, bem como a influência da atribuição de reconhecimento de força normativa a Constituição, com a consequente constitucionalização de diversos direitos, entre eles o direito ao devido processo legal, a presunção de inocência e a inadmissibilidade de provas ilícitas. Também, aborda-se a eficácia desses princípios constitucionais no âmbito processual e o desenvolvimento da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada na Corte Suprema dos Estados Unidos, além de sua aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Devido Processo Legal, Presunção de Inocência, Inadmissibilidade de Provas Ilícitas.

THE ILLICIT EVIDENCE AND THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE CONSTITUTIONAL STATE

ABSTRACT

This paper analyzes, from the doctrine, jurisprudence and current legislation, the evolution of the limitation in the process of finding evidence in the criminal procedure, aiming to demonstrate how the procedural systems have treated the defendant, as well as the influence of the attribution of recognition of normative force the Constitution, which resulted in the constitutionalization of several rights, among them the due legal process, the presumption of innocence and the inadmissibility of illegal evidence. It also addresses the effectiveness of these constitutional principles, in the procedural sphere, and the development of the Fruit of the Poisonous Tree Theory in the United States' Supreme Court, as well as its application in the jurisprudence of the Supreme Federal Court.

KEYWORDS: Due Legal Process, Presumption of Innocence, Inadmissibility of Illegal Evidence.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF) elenca, no artigo 5º, o devido processo legal aos litigantes judiciais e administrativos, a presunção de inocência e a inadmissibilidade de provas ilícitas. Esses três mandamentos constitucionais devem nortear a filtragem constitucional da legislação processual, devendo os sujeitos processuais respeitar os limites probatórios elencados na

¹Discente do 9º período do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz – Cascavel/PR. E-mail: micheldomingues85@gmail.com

² Docente Orientador. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Direito Administrativo no Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz – Cascavel/PR. E-mail: tiago.vidal.vieira@gmail.com



Constituição, como o direito à integridade física e psíquica, à intimidade, ao silêncio, entre outros direitos que são garantidos ao réu. A atividade probatória é de responsabilidade do Ministério Público – órgão acusador –, que deverá demonstrar, acima de qualquer dúvida razoável, a materialidade e a autoria do fato criminoso. Ao longo da história, a atividade investigativa era ilimitada, sendo a confissão a rainha das provas e podendo o acusado, inclusive, ser torturado para se extrair a verdade real. Ocorre que, a partir do estabelecimento de uma série de direitos ao réu, tal comportamento tornou-se inadmissível, pois o sujeito não pode ser usado como meio para que o Estado atinja seus objetivos de políticas criminais.

O acusado tem o direito e a possibilidade de produzir provas que demonstrem a veracidade das suas alegações, pois sobre ele paira a presunção de inocência, mas não tem obrigação alguma de produzir tais provas de suas alegações. Assim, caso ao final do processo o *Parquet* não consiga derrubar a presunção de inocência do réu, deverá o juiz absolvê-lo pelo princípio do *in dubio pro reo*.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO PENAL

2.1.1 O Processo Penal na Idade Média

Tendo como referência histórica a queda do Império Romano, o qual perdurou do século V até o século IX, o Direito Germânico influenciou todo aquele período. No que se refere ao processo penal, o processo era regido pelo princípio acusatório (sem acusador não há jurisdição). Assim, a persecução penal era condicionada a uma acusação do ofendido ou de um popular que buscava a reparação do dano. Naquele período, desenvolveu-se a composição, que era utilizada como um sistema de resolução de conflitos e que, assim, poderia servir para a compra do direito de vingança ou a própria reparação do dano. O processo penal germânico não era centrado na produção de



provas e na busca da verdade real, mas na determinação da culpabilidade ou inocência do acusado (ROXIN *et al.*, 2007).

Sobre esse período, os doutrinadores Ambos e Lima (2007), citando Schmidt, discorrem:

O processo acusatório evoluiu a partir do processo germânico que vigorou durante toda a Idade Média para a resolução de acusações relativas a ilícitos. O acusatório é um processo que, como regra, se inicia por demanda do ofendido ou de seus parentes mediante a formulação de uma acusação (Klage) e nele não se busca a verdade material nem se investigam todos os fatos para se extrair [...] um juízo fático definitivo. O objeto da prova neste processo centra-se, fundamentalmente, na questão jurídica relativa unilateralmente por uma das partes [...] (SCHIMIDT *apud* AMBOS e LIMA, 2007, p. 15-16).

Em meados do século XII e início do século XIII, o Papa Inocêncio III (1161-1216) implantou o sistema inquisitivo no Direito Canônico. Nesse sistema, não havia necessidade de acusação formal, bastando a existência de uma delação ou rumor para que se produzisse uma perseguição em busca da verdade material, de modo que o acusado era tratado como objeto processual. Dessa forma, passou-se a aplicar a violência e a tortura com a finalidade de salvação daqueles que eram considerados como hereges. Quanto ao sistema de provas, a prova era escalonada, sendo a confissão considerada como a rainha das provas, portanto, a tortura era o meio mais usado para comprovar a culpa do acusado (AMBOS e LIMA, 2007).

Em similar entendimento, Lopes Junior (2015, p. 42) explica que:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.

2.1.2 A Instrumentalização do Processo Penal

A evolução dos direitos fundamentais está umbilicalmente ligada à busca da resistência do indivíduo frente ao Estado, e o processo penal é a instrumentalização da punição estatal. As normas fundamentais processuais são o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma nação. Logo, a uma nação autoritária corresponderá um processo inquisitivo, autoritário e utilitarista. Já a uma nação democrática, como é o caso do Brasil desde a entrada em vigor da



Constituição de 1988, necessariamente deverá corresponder um processo penal democrático. Dessa maneira, o processo penal só se legitima na medida em que for constituído a partir da Constituição (LOPES JUNIOR, 2015).

Assim, o devido processo legal, consagrado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, é um núcleo normativo que deve permear toda a tutela processual, devendo a legislação processual ser aplicada conforme os ditames constitucionais, de modo a garantir ao réu o contraditório e a ampla defesa, e conferir ao acusado a presunção de inocência e a garantia de um julgamento realizado por um juiz imparcial (PACELLI, 2012).

Segundo a doutrina, a presunção de inocência exige que a parte acusatória tenha o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado e a existência dos fatos a ele imputados, devendo tal alegação ser comprovada legalmente, conforme o devido processo legal; além de que existe a impossibilidade de se obrigar o réu a colaborar na apuração dos fatos. Assim, a culpabilidade do réu deverá ser demonstrada por meio de provas, respeitando-se os ditames constitucionais, ou seja, o réu não tem a obrigação de provar a sua inocência, apenas a possibilidade de demonstrar a veracidade das suas alegações (LOPES JUNIOR, 2015a).

Na mesma linha, Ambos e Lima (2007, p. 81-82) comentam:

Já há mais de um século, Ernest Beling elaborou, em uma conferência inaugural, pela primeira vez, o significado do termo proibição probatória, expressão com a qual queria dizer que existem limitações a busca e averiguação da verdade na investigação operada no processo penal, isto em razão de interesses contrapostos de índole coletiva e individual. A fixação de tais limitações probatórias depende, principalmente, do *status* outorgado no ordenamento jurídico à posição do indivíduo perante o poder do Estado. [...] a apuração dos fatos delituosos, através de determinados meios probatórios, pode resultar inadmissível e proibida. O investigado ou imputado é sujeito ativo, e não um simples objeto de investigação do processo penal, sua liberdade de decisão e de ação e intangível e invulnerável, razão pela qual, de maneira alguma, pode ser objeto de desprezo ou de manipulação.

Toda a busca de produção probatória deverá respeitar os direitos constitucionais consagrados no artigo 5º, da Carta Maior, como o direito à integridade física e psíquica (inciso III), à privacidade e à intimidade (incisos X e XI), ao sigilo das correspondências e comunicações telegráficas (inciso XII), entre outros direitos.

2.1.3 O Devido Processo Legal



O processo penal representa a confrontação mais intensa entre o indivíduo e o poder estatal, já que é por meio do processo penal que o direito material se materializa com a imposição de uma pena. Assim, o processo penal é um caminho necessário para alcançar a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o poder estatal. Por isso, devem-se observar uma série de regras que compõem o devido processo legal. Se o Estado preferir ditar as regras do jogo, a punição estatal só se legitimará diante do respeito aos direitos fundamentais consagrados na Lei Fundamental (LOPES JUNIOR, 2015a).

Tendo em vista que a presunção de inocência, também chamada de princípio da não culpabilidade, é considerada como pedra de toque no processo penal, a acusação deverá buscar elementos convincentes para demonstrar a culpabilidade do acusado. Desse modo, a atividade probatória tem como tarefa principal a reconstrução de um fato passado, de forma que o saber decorrente desse fato legitimará o poder contido na decisão. Assim, a decisão condenatória deverá estar consubstanciada na prova de materialidade e autoria do fato imputado ao agente, e o acusador deverá demonstrar todos os elementos do tipo penal, quais sejam, a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, bem como, logicamente, a inexistência das causas de justificação (LOPES JUNIOR, 2015a).

O acusado tem direito a uma acusação que delimite a sua conduta e também as provas que demonstrem a veracidade da alegação. Ele também tem direito à ampla defesa e ao contraditório – a ampla defesa se consubstancia no direito da defesa de ter acesso ao material produzindo e tempo hábil para se manifestar, e o contraditório elenca o direito de audiência e o direito de contradizer a alegação da acusação.

O sistema probatório brasileiro adota o livre convencimento motivado ou a persuasão racional, conforme artigo 157, do Código de Processo Penal (CPP). Assim, o contraditório e a ampla defesa se tornam imprescindíveis, pois correspondem ao momento da defesa procurar convencer o julgador das suas alegações (BADARÓ, 2013).

Como no processo penal se discute a liberdade do indivíduo, direito consagrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, as decisões judiciais precisam estar lastreadas por provas que demonstrem a veracidade dos fatos imputados ao agente, acima de qualquer dúvida razoável. Portanto, a atividade probatória deve respeitar os limites elencados pelo constituinte na CF e pelo legislador no CPP. Caso esses limites sejam desrespeitados, a prova será ilícita (LIMA, 2017).



2.2 AS PROVAS

A doutrina conceitua a produção das provas como a atividade de verificação e demonstração praticada no processo, visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma alegação sobre um determinado fato que interessa à solução da causa processual. Esse direito de produzir provas está assegurado nas garantias de ação, de defesa e do contraditório, direitos que são absolutos. Por conseguinte, a atividade probatória só terá legitimidade se respeitar os princípios do devido processo legal e da inadmissibilidade das provas ilícitas, conforme expressos nos incisos LIV e LVI, do artigo 5º, da CF (LIMA, 2017).

Pacelli (2012) elenca três princípios que norteiam a atividade probatória: o princípio da inocência; a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente; e o direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*). Esses princípios são explicados mais detalhadamente a seguir.

O princípio da presunção de inocência encontra-se positivado no artigo 5º, inciso LVII, da CF, o qual elenca os direitos subjetivos do indivíduo, tendo o Estado o dever de justificar sempre, seja em lei ou por decisão motivada, quaisquer restrições àqueles direitos. Assim, quando o juiz analisar os pedidos cautelares no decorrer do processo, deverá fundamentar a restrição de direitos do réu. Frisa-se que o tratamento dado ao indivíduo também exige o respeito a sua situação de inocência, tanto nos meios de comunicação como no trato de suas alegações (PACELLI, 2012).

A inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente decorre do artigo 5º, inciso LVI, da CF, e tem características dúplices, atuando no plano do direito processual e também no plano do direito material. No plano processual, quanto às provas dirigidas ao juiz, a CF determina a obrigação das regras do jogo serem seguidas. Assim, independentemente de qual seja a prova, se ela for ilícita, o juiz deverá ignorá-la, pois a aceitação de uma prova produzida contrariamente às normas procedimentais implicaria em tratamento desigual à defesa, que não investiga. Além disso, a vedação das provas ilícitas obsta que o convencimento do juízo seja influenciado, impedindo que o juiz construa a sua certeza com base em material colhido fora dos limites estabelecidos em lei. Já no plano material, a colheita da prova ilícita poderá incidir em crimes tais como o crime de invasão ao domicílio (artigo 150, do Código Penal), de violação da correspondência (artigo 151, do Código Penal), entre outros crimes. Portanto, entende-se que seria desproporcional o Estado punir o



indivíduo pela prática de um crime se o próprio Estado cometesse outros crimes para provar suas alegações (LIMA, 2017).

Por fim, tratar-se-á do direito ao silêncio, ou *nemo tenetur se detegere*, decorre do artigo 5º, inciso LXIII, da CF. O direito ao silêncio há de ser aplicado em qualquer fase do processo. Dessa forma, qualquer indivíduo pode permanecer em silêncio diante de indagação de qualquer autoridade pública, não podendo o agente público usar qualquer medida de coerção ou intimidação do investigado ou réu, para a obtenção de uma confissão ou para que ele colabore com a investigação. Além do mais, o silêncio do réu não pode ser interpretado em seu prejuízo, isto é, não pode o seu silêncio ser valorado como prova na sentença (LOPES JUNIOR, 2015a).

Do exposto, verifica-se que os três princípios descritos estão umbilicalmente ligados, devendo o acusador, na busca das provas para corroborar suas afirmações, respeitar o princípio da presunção de inocência, a inadmissibilidade das provas ilícitas e o *nemo tenetur se detegere* (LOPES JUNIOR, 2015a).

2.2.1 A Prova Ilegal

A Constituição Federal de 1988 elenca, no artigo 5º, inciso LVI, a proibição da utilização de provas obtidas por meios ilícitos no processo e, o CPP, no artigo 157, *caput*, traz a mesma previsão. A prova será considerada ilegal sempre que a sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou princípios gerais do ordenamento jurídico. Das provas obtidas por meio ilegal derivam as provas ilícitas e as provas ilegítimas. As provas ilícitas são aquelas que violam regras de direito material, penal ou constitucional, tais como o direito à intimidade, ao sigilo das correspondências, entre outras normas. Enquanto que as provas ilegítimas são aquelas obtidas mediante violação das normas processuais, como a proibição de depor sobre fatos que envolvam o sigilo profissional (artigo 207, do CPP) (LOPES JUNIOR, 2015a).

Quando há provas ilegais, a doutrina questiona a eventual utilidade das demais provas produzidas a partir delas. Nasce, assim, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, a qual está positivada no artigo 157, § 1º, do CPP, que preceitua: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” (BRASIL,



Decreto-lei nº 3.689, 1941). Assim, poderia a autoridade policial realizar uma busca domiciliar sem autorização judicial e, dessa busca, colher elementos informativos para a instrução criminal de outro processo, ou torturar o acusado para obter a confissão de um crime e, no interrogatório, trazer à baila outros crimes desconhecidos. Esta Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada é também conhecida como Teoria da Prova Ilícita por Derivação (AMBOS e LIMA, 2009).

2.2.1.1 A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada nasceu na jurisprudência da Corte norte-americana, no caso chamado de “*Silverthorne Lumber CO v. US*”, de 1920. Neste caso, a Suprema Corte reputou inválida uma intimação fora expedida com base em uma informação obtida por meio de uma busca ilegal, e assentou na decisão que “proibir o uso direto de certos métodos, mas não por limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal” (LOPES JUNIOR, 2015a, p. 409). Assim, pelo princípio da contaminação, o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado e, dessa forma, devem ser desentranhados os atos originalmente viciados e todos os que dele derivem ou decorram.

Diante da rigidez de tal teoria, a Suprema Corte norte-americana desenvolveu a Teoria da Fonte Independente e a Teoria da Descoberta Inevitável. A Teoria da Fonte Independente nasceu da decisão no caso “*Bynum v. U.S*”, de 1960. No caso mencionado, questionava-se a identificação dactiloscópica que fora obtida durante a prisão ilegal do acusado Bynum. Ao ser a identificação dactiloscópica novamente processada, a autoridade policial se valeu de um antigo conjunto de planilhas que continha as impressões digitais do acusado e que correspondiam às encontradas no local do crime. Como a polícia tinha razão para verificar as antigas planilhas do acusado, independentemente da prisão ilegal, e como essas planilhas tinham sido colhidas anteriormente, as planilhas foram admitidas como prova (LIMA, 2017).

Já a Teoria da Descoberta Inevitável foi aplicada no caso “*Nix v. Williams-Williams II*”, em 1984. Nesse caso, o acusado matara uma criança e escondera o seu corpo. Realizou-se uma busca no município, com 200 voluntários, divididos por zona de atuação. Durante a busca, a polícia obteve ilegalmente a confissão do acusado, na qual ele especificou o local onde havia escondido o



corpo, e, posteriormente, o corpo foi encontrado no local indicado. A decisão assentou que, apesar da descoberta do corpo ter sido decorrente da confissão do acusado, o corpo teria sido encontrado por meio da atividade investigativa lícita, sem qualquer relação com a prova ilícita, já que a descoberta era inevitável e, portanto, a prova lícita (LOPES JUNIOR, 2015a).

2.2.1.2 A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada no Brasil

O Código de Processo Penal (CPP) traz a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, no artigo 157, § 1º, o qual expressa que “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”, como já dito. Ainda, o § 2º, do mesmo artigo, especifica que “considera-se fonte independente aquela que, por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” (BRASIL, 1941 *apud* LIMA, 2017).

Uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) demonstra que a Teoria da Fonte Independente já vinha sendo adotada no Brasil antes mesmo de sua regulação no CPP, pela Lei nº 11.690/08. Em precedente de agosto de 2004, nos autos do *Habeas Corpus* HC 83.921/RJ, o Relator Ministro Eros Grau, da Primeira Turma, entendeu que:

EMENTA; *HABEAS-CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINARIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADE. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS SUBSEQUENTES. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROVA AUTÔNOMA.

1. Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório.
2. Inaplicabilidade da teoria dos frutos envenenados (*fruits of the poisonous tree*). Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo.
3. Pretensão de reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade do writ. Ordem denegada. (STF - HC: 83921 RJ, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 03/08/2004, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 27-08-2004 PP-00070 EMENT VOL-02161-02 PP-00209 RTJ VOL-00191-02 PP-00598).



Como exemplo de aplicação da Teoria da Descoberta Inevitável, traz-se a decisão proferida no julgamento do *Habeas Corpus* HC 91.867/ PA, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu:

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÊU, 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. Ilicitude 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. Ilicitude 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 corrêu 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 de a 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.** (STF - HC: 91867 PA, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 24/04/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012, grifo nosso).

2.2.1.3 A Teoria do Encontro Fortuito ou Casual de Provas

A Teoria do Encontro Fortuito ou Causal de Provas é aplicada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa ao um delito, a autoridade policial acaba encontrando provas de outro fato criminoso. Essa fonte de provas está condicionada à validade da busca realizada, isto é, se esta for realizada conforme os preceitos legais, pode a autoridade investigativa, abrir uma linha investigativa dessa prova encontrada no local da busca realizada. Nesse caso, segundo Lopes Junior (2015a), aplica-se, por analogia, o princípio da especialidade do direito internacional penal, que consta no artigo 11, do Estatuto de Roma, o qual prevê que o indivíduo entregue ao Tribunal Internacional Penal não será processado, punido ou detido por fatos distintos daquele que ensejou a sua entrega.

Assim, pelo princípio da especialidade, o indivíduo não pode sofrer uma devassa por parte da autoridade investigativa no local da busca, pois a atividade realizada deve estar pautada pela finalidade de buscar elementos probatórios daquele fato investigado, e não de toda a vida do acusado ou do réu, visto que, caso fossem encontradas outras provas, estas poderiam ser usadas como novas fontes para outra linha investigativa. Nesse sentido, é elucidativa a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos autos do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* RHC 39.412/SP, de relatoria do Ministro Felix Fischer:

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 - Apesar 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. (STJ - RHC: 39412 SP 2013/0230625-6, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 03/03/2015, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/03/2015).

3. METODOLOGIA

O tema do presente artigo foi escolhido a partir de debates que estão ocorrendo no cotidiano das mídias e que tratam das provas obtidas no processo penal atualmente, para que o leitor aguace a investigação científica.

Como método de procedimento, esta pesquisa foi elaborada a partir de pesquisas jurídicas, jurisprudência, doutrinas, revistas jurídicas e dissertações de mestrado encontradas sobre o tema abordado.

4. ANÁLISES E DISCUSSÕES

O § 4º, do artigo 157, do CPP, que foi vetado pelo Presidente da República, previa a impossibilidade de o juiz proferir a sentença nos autos em que a prova foi declarada inadmissível. Portanto, o referido parágrafo procurava excluir dos autos o juiz que foi contaminado com a análise das provas ilícitas.

O sistema de provas brasileiro adota o modelo da livre persuasão motivada, prevista no artigo 157, do diploma processual penal (CPP). Assim, o julgador pode formar a sua convicção



motivadamente pelas provas a ele apresentadas, devendo fundamentar a sua decisão, conforme determinado no artigo 93, inciso IX, da Lei Fundamental (LOPES JUNIOR, 2015a).

A dificuldade encontrada no presente sistema probatório é que não importa a produção de provas realizada pela defesa, já que, se o juiz teve conhecimento de alguma prova produzida ilicitamente no decorrer do processo, ele condenará o réu. Assim, torna-se imperiosa a descontaminação do julgador, impedindo, assim, que ele profira a sentença no caso concreto. o § 4º, do artigo 157, do CPP, foi vetado por motivos de celeridade processual, tendo em vista que, nos casos em que só há um juiz atuante na Comarca, isso poderia comprometer o andamento dos autos, pois não haveria quem substituísse o julgador contaminado (LIMA, 2017).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa realizada, pode-se afirmar que o Estado, por meio de sua autoridade investigativa, deve buscar respeitar os direitos elencados na Lei Fundamental, pois os direitos fundamentais condicionam toda a atividade estatal.

Resta claro que o processo penal procura disciplinar a relação existente entre o indivíduo e o Estado, proporcionando meios para que aquele possa se fortalecer contra esse. O processo consiste num caminho necessário para se chegar a uma punição, e essa punição está condicionada à comprovação, acima de qualquer dúvida razoável, da culpabilidade do acusado.

Verifica-se que, a partir do reconhecimento da força normativa a Constituição, ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, tornou-se corriqueiro o entrincheiramento de direitos que estivessem fora do alcance da maioria eventual do Parlamento. Assim, a Constituição assumiu a difícil tarefa de disciplinar os objetivos a serem alcançados pelo Poder Executivo. Ainda, a Carta Maior trouxe uma moldura de legalidade constitucional, devendo o Poder Legislativo concretizar os ditames constitucionais. Por fim, ao Poder Judiciário foi reservada a tarefa de ser o guardião da Constituição, devendo zelar pelo seu fiel cumprimento.

A Constituição Federal de 1988 é a Constituição vigente no atual ordenamento jurídico brasileiro. Ela foi promulgada depois do Brasil ter passado pelo chamado “período negro” da ditadura militar, no afã de buscar defender direitos que estivessem fora do alcance da maioria eventual e pudessem ser invocados diante do Poder Judiciário. Ademais, o constituinte de



1987/1988 foi pródigo ao constitucionalizar diversos direitos, como o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito Processual, o Direito Administrativo, entre outros ramos jurídicos.

No que se refere ao Direito Processual Penal, o constituinte elencou no artigo 5º, da CF, diversos direitos, tais como o direito ao devido processo legal (inciso LIV), o direito à ampla defesa e ao contraditório (inciso LV), a inadmissibilidade de provas ilícitas (inciso LVI), e, por fim, o direito à não culpabilidade, previsto inciso LVII.

No que diz respeito à aplicabilidade dos direitos fundamentais positivados no artigo 5º, o constituinte atribuiu-lhes eficácia imediata e direta. Assim, os comandos constitucionais servem como parâmetro de filtragem constitucional, nas leituras das normas infraconstitucionais.

Como foi referido acima, no processo penal, se discute o bem mais valioso do ser humano, qual seja, a liberdade, o direito de ser livre. Assim, quando o indivíduo é processado, o Estado deve pautar sua linha investigativa no respeito aos direitos fundamentais, como a intimidade, a correspondência, a integridade física e corporal, e, além de tudo, a presunção de inocência, que norteia todo o sistema processual penal. Desse modo, o julgador que tiver contato com alguma prova obtida ilicitamente, deve desentranhá-la dos autos e, quando for sentenciar, não deve se referir a elas.

Todavia, observa-se que, mesmo que a prova ilícita seja desentranhada dos autos, permanece nos autos o juiz que delas teve conhecimento, e, uma vez que o sistema processual penal brasileiro adota o livre convencimento motivado, este mesmo juiz poderá decidir a causa, usando as provas ilícitas para fundamentar sua decisão, o que viola o preceito constitucional de presunção de inocência, tendo em vista que a convicção do juiz quanto à culpabilidade do réu já fora formada quando do conhecimento sobre tais provas. Portanto, verifica-se que o legislador viola o direito à inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente e à presunção de inocência, insculpido no artigo 5º, incisos LIV e LVI, da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O Processo Acusatório e a Vedação Probatória**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre Acusação e Sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista



dos Tribunais, 2013.

BOCKELMANN, Paul; KLAUS, Volk. **Direito Penal: Parte Geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça **RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC 39412 SP 2013/0230625-6**. Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma, Julgamento 03 mar. 2015, Publicação 17 mar. 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178433187/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-39412-sp-2013-0230625-6/certidao-de-julgamento-178433200?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS: HC 83921 RJ**. Relator: Ministro Eros Grau. Primeira Turma, Julgamento 03 ago. 2004, Publicação 27 ago. 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767819/habeas-corpus-hc-83921-rj>>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS: HC 91867 PA**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma, Julgamento 24 abr. 2012, Publicação 20 set 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869954/habeas-corpus-hc-91867-pa-stf/inteiro-teor-111144852?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 set. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. Cidade: Juspodivm, 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. Tomo I. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

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

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015b.



6º SIMPÓSIO
DE SUSTENTABILIDADE



26 A 28 DE JUNHO DE 2018



SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSU, Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.