

AS PROVAS ILÍCITAS E SUA DERIVAÇÃO DIANTE DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. “O DESENTRANHAMENTO DO JUIZ CONTAMINADO”

José Laurindo de Souza Netto*

NETTO, J. L. S. As provas ilícitas e sua derivação diante do princípio do livre convencimento motivado. “O desentranhamento do juiz contaminado”. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc.** UNIPAR. Umuarama. v. 12, n. 2, p. 163-182, jul./dez. 2009.

RESUMO: Pretende-se fazer uma breve exposição da teoria geral do instituto da prova, passando pelos princípios norteadores, visando atingir as hipóteses excepcionais em que o legislador admitiu a utilização de provas ilícitas, quando obtidas através de fontes independentes e quando a descoberta é inevitável.

PALAVRAS-CHAVE: Prova ilícita. Derivação. Desentranhamento. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Juiz. Livre convencimento.

SUMARIO: 1. Introdução. 2. Teoria Geral da Prova 3. O Livre Convencimento Motivado. 4. Vínculo entre a Motivação e a Publicidade. 5. Vínculo entre a Motivação e o Contraditório. 6. Prova Ilícita. 7. Prova Ilícita por Derivação. 8. Prova Ilícita e o Princípio da Proporcionalidade. 9. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como finalidade analisar o tratamento que atualmente é dado aos casos em que se depara com a prova ilícita e a prova ilícita por derivação, levando em consideração o princípio do livre convencimento motivado. Pretende-se fazer uma breve exposição da teoria geral do instituto da prova, passando pelos princípios norteadores, visando atingir as hipóteses excepcionais em que o legislador admitiu a utilização de provas ilícitas, quando obtidas através de fontes independentes e quando a descoberta é inevitável. Note-se que a Constituição Federal veda expressamente a utilização de provas obtidas ilicitamente, porém, a doutrina e a jurisprudência majoritária passaram a assentir com a mitigação de tal vedação, levando o legislador infraconstitucional a versar sobre o que não foi tratado na Carta Magna. Importante salientar que as provas contaminadas, invariavelmente, devem ser desentranhadas do processo para que não acabem corrompendo as demais, porém, em análise ao vetado

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Doutor em Direito pela UFPR e Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAR.

parágrafo 4º, do artigo 157, da Lei 11.690/2008, que determinava o afastamento do juiz que tivesse conhecimento do conteúdo da prova declarada inadmissível, torna-se necessário avaliar as consequências da inafastabilidade do magistrado que já tenha tido contato com provas ilícitas, estimando-se a possibilidade de tais provas influenciarem seu convencimento, uma vez que se busca a justa composição do litígio, sem que seja desrespeitado o princípio do livre convencimento motivado.

2. TEORIA GERAL DA PROVA

Em um primeiro momento, é importante salientar que o vocábulo prova possui diversos significados, de modo que o mais genérico é aquele que descreve a prova como a verificação de fatos que se apresentam como verdadeiros.

De acordo com Tourinho Filho, tem-se que “provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade, e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la”¹.

Fernando Capez classifica o instituto da prova como sendo “o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156. 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros (p.ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação”².

A prova é, portanto, o liame que o magistrado tem com o mundo real, o mundo dos fatos, e tem como finalidade buscar solucionar um choque de interesses do modo mais equitativo possível, tendo em vista que a justiça presente em uma sentença transpõe a veracidade dos fatos apresentada pela prova.

Desse modo, vislumbra-se que o conjunto probatório carreado aos autos tem como destinatário o julgador, que deve analisá-lo com vistas aos fatores determinantes ao seu convencimento, com fundamento na verdade real e em todos os elementos que demonstrem as pretensões deduzidas, para que, posteriormente, possa encerrar a atividade jurisdicional, tendo sopesado sobre os argumentos, vindo a alcançar a certeza necessária.

Sobre o tema, afirma Guilherme de Souza Nucci que “se a prova é a demonstração lógica da realidade, com o objetivo de gerar, no magistrado, a certeza em relação aos fatos alegados, naturalmente a finalidade da prova é a produção do convencimento do juiz no tocante à verdade processual, vale dizer, a verdade

¹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 420.

²CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.285.

possível de ser alcançada no processo, seja conforme a realidade, ou não³”.

À parte incumbe extrair o maior número de elementos possíveis para formar o convencimento do julgador, que deve se basear na verdade processual para proferir uma decisão, tanto de primeiro grau como das demais instâncias pelas quais o processo pode tramitar.

As provas, assim como o ordenamento jurídico brasileiro em sua totalidade, devem observar os princípios que lhes asseguram validade, mesmo que não estejam expressamente previstos na legislação como normas principiológicas.

Conforme se extrai da preleção de Luiz Antônio Rizzatto Nunes:

Os princípios situam-se no ponto mais alto de qualquer sistema jurídico, de forma genérica e abstrata, mas essa abstração não significa in incidência no plano da realidade. É que, como as normas jurídicas incidem no real e como elas devem respeitar os princípios, acabam por levá-los à concretude. E é nesse aspecto que reside a eficácia dos princípios: como toda e qualquer norma jurídica deve a eles respeitar, sua eficácia é – deve ser – plena⁴.

3. O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

O conceito de fundamentação foi construído há muito pela doutrina, que identificou como motivar, num patamar infraconstitucional, o dever de, partindo de uma análise de todas as questões processuais alegadas pelas partes, convencê-las a respeito da justiça da decisão, determinando seu alcance. Além disso, o ato de fundamentar a decisão passa a definir o alcance dos recursos a que esta está sujeita.

Importante salientar a regra do artigo 18 do Código Iberoamericano de Ética Judicial⁵: “*Art. 18. A obrigação de motivar as decisões tem por objetivo assegurar a legitimidade do juiz, o bom funcionamento de um sistema de impugnações recursais, o adequado controle do poder do qual os juízes são titulares e, finalmente, a justiça de suas decisões*”.

Todavia, motivar um aresto não é demonstrar o processo psicológico pelo qual a autoridade judicial passou para formar sua convicção, mas sim demonstrar, da melhor forma possível, que a sua convicção é razoável, baseada em razões aceitáveis, motivos aceitáveis, tanto pelo sistema, quanto pela ordem jurídica vigente, mesmo que, por várias vezes, as partes não as aproveem.

Nessa linha, dispõe o art. 19 do Código Ibero-americano de Ética Judi-

³NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2009, p. 16.

⁴NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 164.

⁵Documento elaborado pela Cúpula Judicial Ibero-Americana como modelo a ser seguido pelas legislações dos Estados que a compõem.

cial: “*Motivar implica exprimir, de maneira ordenada e clara, as razões juridicamente válidas e aptas para justificar a decisão*”.

Ora, a função da motivação não é demonstrar que existem razões, mas sim controlar que espécie de razões subsistem, não bastando que o juiz esteja convencido de uma determinada posição, devendo, portando, ser capaz de apresentar justificativa suficientemente convincente e em consonância com raciocínios que sejam válidos.

No sistema jurídico brasileiro, o princípio da fundamentação das decisões judiciais é matéria constitucionalizada pelo artigo 93 da Constituição de 1988, nos seguintes termos: “*IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*”; “*X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros*”.

Com a produção da prova, visa-se oferecer ao juiz as condições necessárias para que forme a sua convicção sobre os elementos relevantes a serem considerados na sentença. No processo, busca-se a reconstrução do acontecimento histórico real dos fatos, não no patamar da verdade absoluta, mas alcançando um patamar de verossimilhança que o torne válido como verdade.

A imediatidade, oralidade, concentração e continuidade, identidade física do juiz, a publicidade do debate e o sistema de livre convicção auxiliam na descoberta e na apreciação da verdade. O marco de transição do sistema da prova legal para o sistema do livre convencimento motivado foi a Revolução Francesa, de modo que as mudanças legislativas pós-revolução reconheceram a importância do juiz para apreciar a prova, em consonância com cada caso concreto.

O sistema processual utiliza, como critério de avaliação da prova, o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, consoante o disposto no artigo 131 do Código de Processo Civil, que preleciona: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

O convencimento do juiz é livre, mas não arbitrário, posto que deverá ser fundamentado e apenas poderá assentar-se sobre os fatos e circunstâncias do processo⁶.

⁶JUNIOR, Humberto Theodoro. **Código de Processo Civil anotado**, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 133.

O artigo 131, do CPC, consagra o princípio da persuasão racional, habilitando-se o magistrado a valer-se do seu convencimento, à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto, constantes dos autos, rejeitando diligências que delongam desnecessariamente o julgamento, atuando em consonância com o princípio da celeridade processual⁷.

A motivação é uma garantia que não se restringe ao interior do processo, projetando-se para uma dimensão constitucional num nível de maior relevância política, exprimindo uma concepção democrática do poder. Além de servir de instrumento de controle por parte da sociedade, torna legítima a decisão no instante em que demonstra resposta aos critérios estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

A respeito da atuação e interpretação técnica do direito, é o parecer de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁸:

A questão continua sendo a plena possibilidade de manipulação da lei pelos operadores do direito, contra a qual todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassaram, a começar, no campo processual – e em particular no processual penal –, pelo princípio do livre convencimento: basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados e o magistrado decide da forma que quiser, sempre em nome da “segurança jurídica”, “verdade” e tantos outros conceitos substancialmente vagos, indeterminados que, por excelência, ao invés de perenes e intocáveis, devem ser complementados e ampliados em razão das necessidades reais da vida; só não podem servir de justificação descentrada (e ser aceitos como tal), isto é, legitimadora de uma mera aparência.

O sistema da livre convicção obedece a regras preestabelecidas, ou seja, o juiz tem a arbitrariedade de ponderar as provas de acordo com seu entendimento, porém, condicionado à sua legalidade e a um juízo de credibilidade.

Entretanto, em que pese seja estabelecido ao juiz que, dentro de seu convencimento, permaneça neutro no processo, com a finalidade de proferir decisão mais justa, tal neutralidade se encontra mitigada, de acordo com uma visão mais crítica. Isto porque se observa que, ao julgar, ao analisar as provas e as pretensões deduzidas nos autos, o magistrado invariavelmente acaba sendo influenciado por seus valores, sentimentos e concepções, trazendo subjetividade ao

⁷STJ, AgRg no Ag 741.209/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T, julg em 10.04.2007, DJ 10.05.2007, p. 346.

⁸COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. São Paulo: COAD, nº 01, jan/94, p.33.

que deveria traduzir-se em racionalidade.

O Direito se torna parcial na medida em que acompanha a sociedade em diversos momentos históricos, adaptando-se às vontades políticas e exteriorizando influências, embora ainda se acredite em um ideal de neutralidade judicial.

4. VÍNCULO ENTRE A MOTIVAÇÃO E A PUBLICIDADE

Regra geral, todos os atos judiciais são públicos, e, conseqüentemente, as provas também devem ser produzidas desta forma, ressalvada somente a hipótese de segredo de justiça.

A publicidade se dá, principalmente, como uma forma ética de demonstrar à comunidade que pode e deve haver confiança no Judiciário, diante da verificação de seus atos, e garantir à própria magistratura credibilidade diante da sociedade.

Na esfera constitucional, tem-se que a motivação das decisões alcança um objetivo extraprocessual, ou seja, enxerta-se em um sistema no qual o bem maior considerado pelas constituições mais modernas é a garantia de que os indivíduos possam tutelar o Estado, numa forma de controle popular sobre o exercício do poder.

Ainda, importante salientar que todo movimento constitucionalista se justifica por controlar o exercício do poder e instituir limites para qualquer forma de absolutismo

Sobre o tema, salienta Juan Igartua Slaverria que *“en nuestro régimen democrático, por tanto, la obligación de motivar se torna en un medio mediante el cual los sujetos u órganos investidos de poder jurisdiccional rinden cuenta de sus decisiones a la fuente de la que deriva su investidura”*.

A tutela à qual a Constituição Federal anseia é aquela que atende aos valores fundamentais da ordem jurídica, consoante se destaca do Código Iberoamericano de Ética Judicial, em seu artigo 27, que afirma que as motivações devem ser expressas em estilo claro e preciso, sem se recorrer a tecnicismos desnecessários e com uma concisão que seja compatível com a total compreensão das razões expostas. Ainda, como a Constituição trata o dever de motivação de modo universal, passa a se tratar de obrigação que afeta toda e qualquer decisão, inclusive decisões que não sejam suscetíveis de recurso.

5. VÍNCULO ENTRE A MOTIVAÇÃO E O CONTRADITÓRIO

Conforme preceitua a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV,

⁹Juan Igartua Salaverria. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*.p. 25.

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes”, ou seja, às partes é assegurado o direito de defesa, assim como de alegarem fatos e produzirem provas – desde que obtidas licitamente – dos fatos que vierem a afirmar.

No Processo Penal, vislumbra-se mais significativamente sua aplicação, haja vista o acusado deter a faculdade de, após sua citação, interferir no processo, em um primeiro momento, para responder à acusação, e, posteriormente, apresentar a sua versão dos fatos em interrogatório, objetivando uma sentença favorável.

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, “os poderes inquisitivos do juiz encontram limite no princípio do contraditório, que impõe à autoridade judiciária – qualquer que seja o grau de jurisdição que atue – o dever jurídico-processual de assegurar às partes o exercício das prerrogativas inerentes à bilateralidade do juízo¹⁰”

O princípio constitucional do contraditório, da mesma forma que o da fundamentação, só pode ser compreendido frente a um liame lógico com o processo democrático.

Todo e qualquer processo decisório, em se tratando de Estado Democrático de Direito, só terá legitimidade quando demonstrada sua ligação com a democracia procedimental e com a democracia em sua dimensão substancial.

O contraditório é quem realiza o nexo lógico entre o processo decisório e a democracia procedimental, ao passo que a fundamentação realiza a ligação com a democracia substancial. Não há processo legítimo sem que se instaure o contraditório. Assim, há de se falar com propriedade que, mais do que um direito subjetivo, o contraditório é um elemento constitutivo do processo, ou até mesmo que o processo é, na realidade, um procedimento realizado em contraditório.

Pode-se analisar a presença do contraditório, tanto na instauração da ação, quanto em seu decurso e na decisão, ou seja, em qualquer fase do processo. O ato decisório, para ser democrático, deve ter suas razões construídas através do princípio do contraditório, uma vez que a decisão deve buscar, através de um discurso dialético entre as partes e a autoridade judicial, uma solução democrática e justa. Assim, para que se dê a fundamentação, não basta carrear as provas ou os argumentos jurídicos apresentados pelas partes, é preciso que a motivação aponte e justifique adequadamente o motivo pelo qual determinadas provas fáticas, apresentadas pelas partes, não foram acolhidas e determinados argumentos jurídicos não foram aceitos.

Desse modo se dá a construção da dialética, consoante explicita o artigo

¹⁰HC 69001, Relator Celso Antonio Bandeira de Mello, julgado em 18.02.1992.

24 Código Ibero-americano de Ética Judicial: a motivação em matéria de Direito não pode se limitar à invocação das normas aplicáveis, especialmente nas decisões sobre o mérito de determinada causa.

Todavia, necessário se faz evitar a utilização da valoração das provas de forma prematura, sob pena de desrespeito à dialética e ao próprio dever de fundamentação, tendo em vista que o direito à prova não se esgota na sua admissão, mas na sua avaliação.

A recente alteração processual penal, com a entrada em vigor da Lei n. 11.690/08, trouxe inovação relevante sobre o tema, salientando que o juiz somente pode formar sua convicção e, de consequência, motivar suas decisões, a partir das provas produzidas com base no contraditório, como se vê: “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.”

Fica impossível, portanto, existir qualquer juízo que não parta de debates com todos os que sejam possíveis integrantes do processo. No que tange à convicção jurídica, o juiz pode levar em consideração conclusões jurídicas ou interpretações não aportadas pelas partes nos autos, o que de denomina *iura novit curia*.

No entanto, o dever de submeter-se ao princípio constitucional do contraditório, na forma que se configura em nossos tempos, exige que o juízo aponte às partes seu olhar inovador sobre os fatos ou sobre o direito e permita efetivamente que essas se manifestem sobre o mesmo, antes de sua convicção se tornar definitiva.

O núcleo conceitual do princípio constitucional do contraditório considera que a formação da convicção judicial se dê em decorrência da participação efetiva das partes envolvidas no processo, sendo que não se consome somente diante da comunicação adequada e da possibilidade de reação.

6. PROVA ILÍCITA

De acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Lato sensu, as provas ilícitas são aquelas que são obtidas mediante violação das normas. Estão firmemente ligadas a valores que devem ser preservados pela lei, como a honra, a dignidade, a inviolabilidade de domicílio, a integridade física.

Portanto, as provas que ofendem a moral, os bons costumes e os princípios gerais do direito, são consideradas ilícitas. Relacionam-se com a inves-

tigação da relação entre o ilícito e o que não é admitido no processo, buscando a verdade em favor da sociedade e, principalmente, o respeito, em se tratando de direitos fundamentais na iminência de sofrerem violação em decorrência de determinada forma de buscar elementos de convicção.

A concretização de tal garantia constitucional pressupõe a possibilidade de o julgador vivenciar situações em que se encontrará dividido entre valorizar ou negar uma verdade demonstrada de forma inidônea, considerando-se a presunção de que aquilo que não está nos autos não está no mundo jurídico.

Reputa-se o preceito da inadmissibilidade das provas ilícitas como sendo o resultado do Estado Democrático, eis que o motivo de ser desta regra está consignado na capacidade de produzir efeitos diretos na busca da verdade, como ensina Marco Antonio de Barros:

Cuida-se de uma norma que produz reflexos na busca da verdade, notadamente por estabelecer parâmetros rígidos de licitude aos procedimentos investigatórios que visam desvendá-la, que se coadunam com o espírito de legalidade e moralidade de atos praticados pela Administração Pública. Desse modo, o descobrimento da verdade deve provir de atos, diligências e outras providências essencialmente lícitas e moralmente legítimas, pois nenhum preceito legal autoriza a obtenção da verdade a qualquer preço. (...) Essa nova sistemática nos faz distanciar ainda mais do antigo Direito que, como vimos, pactuava com formas cruéis de produção de prova. Lembremo-nos, a título de exemplo, que no Direito canônico e posteriormente no Direito de vários países do Continente Europeu, a tortura foi utilizada com respaldo legal, método que hoje o mundo civilizado qualifica como sendo um dos mais repugnantes, rejeitando-o textualmente¹¹.

A prova ilícita pode ser conceituada em sentido amplo ou em sentido estrito, envolvendo, na primeira acepção, as provas que vão de encontro não só à Constituição Federal, mas também aquelas que violam as leis ordinárias e até mesmo a moral e os bons costumes. Em sentido estrito, trata-se somente das provas que contradizem disposições, tanto legais, quanto constitucionais.

Como espécies de um conceito amplo estavam as provas consideradas como ilegítimas ou ilícitas. As primeiras eram aquelas que violavam normas de natureza processual, cujas sanções correspondentes à violação encontram-se no bojo do próprio ordenamento adjetivo¹².

Para Guilherme de Souza Nucci, pode-se dividir as provas ilícitas em

¹¹BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 218.

¹²GOMES, Magno Frederici. Op cit., p. 37.

a) ilegais, quando há violação de norma penal; b) ilegítimas, quando a violação se volta à norma processual penal. De toda sorte, tanto as ilegais quanto as ilegítimas são ilícitas¹³.

Há a possibilidade de se estabelecer critérios diversos de distinção do conceito das provas ilícitas e ilegítimas, conforme se observa em doutrina de Leandro Cadenas Prado¹⁴:

Diferença significativa apontada pela doutrina tradicional, entre provas ilícitas e ilegítimas está no momento de sua violação. No caso da prova ilícita, ocorre transgressão à lei no momento da sua produção, de sua colheita, de forma externa ao processo, podendo ser anterior ou concomitante a este. Quando se está diante de uma prova ilegítima, tal ilegalidade se consumou no momento de sua produção dentro do processo, sempre de forma concomitante.

A Lei 11.690/2008, alterando as disposições relativas ao instituto da prova no Código de Processo Penal, fixou “de forma ampla e geral, constituir-se o ilícito toda violação a norma constitucional ou legal. Não há mais sentido para separar-se da cena da ilicitude a lesão à norma penal e a ofensa à norma processual penal¹⁵”, ou seja, acabou afastando “a necessidade de se diferenciar a prova ilícita e a ilegítima, posto que, pelo art. 157 do CPP, ambas são apenas ilícitas e inadmissíveis, devendo ser desentranhadas dos feitos criminais, acaso juntadas, sob pena de nulidade¹⁶”.

Assim dispõe a nova redação do artigo:

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

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

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

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

¹³NUCCI, Guilherme de Souza. Op cit., p. 31.

¹⁴PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas – teoria e a interpretação dos tribunais superiores**, 2ª ed, Niterói: Impetus, 2009, p. 13.

¹⁵NUCCI, Guilherme de Souza. Idem.

¹⁶GOMES, Magno Frederici. Op cit., p. 38.

acompanhar o incidente.”

Eugênio Pacceli de Oliveira leciona:

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica¹⁷.

As normas que asseguram a vedação da utilização de provas ilícitas, em que existe uma violação ao direito, têm repercussão direta no que toca à igualdade processual, visando estabelecer um equilíbrio na relação processual, de modo que, uma vez reconhecida a ilicitude das provas, há que se desentranhá-las dos autos, nos termos da nova redação do caput do artigo 157 do Código de Processo Penal, sob pena de preclusão.

Sobre o momento processual para que o juiz delibere acerca da ilicitude da prova, não obstante a inexistência de definição legal para tanto, a doutrina de Pacceli sustenta que “a nosso juízo, deve o juiz apreciar a ilicitude da prova e seu desentranhamento dos autos antes da audiência de instrução criminal, ou seja, após a apresentação da defesa escrita, desde que, é claro, a prova tenha sido juntada em momento anterior. Tratando-se de prova apresentada em audiência, deve o juiz, de imediato, apreciar a questão¹⁸”.

Contra a decisão de desentranhamento da prova cabe recurso em sentido estrito, e a decisão que nega a ilicitude da prova é irrecurável.

7. PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

As provas ilícitas por derivação são aquelas provas que, embora sejam lícitas em si mesmas, de algum modo guardam correspondência com outra, ilicitamente obtida, ficando, desse modo, evidadas de vício.

A teoria adota a lógica de que a árvore envenenada não pode dar bons frutos. No caso americano “Boyd v. United States” 116 US 616 (1886), a Suprema Corte ventilou acerca das provas ilícitas por derivação, porém a solução somente

¹⁷OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 303

¹⁸Idem, p. 304.

foi concebida algumas décadas depois, sendo a doutrina dos frutos da árvore envenenada consolidada através do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co x United States*, 251 US 385 (1920), presente na Emenda IV, *in verbis*:

“The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court but that it shall not be used at all. Of course this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government’s own wrong cannot be used by it in the way proposed.¹⁹”

Significa que “A essência da norma que proíbe a aquisição de uma prova de uma certa maneira não se limita a dizer que ela não pode ser utilizada em juízo, mas reza que ela não pode ter efeito algum”²⁰

O sistema norte-americano, no entanto, acolhe casos excepcionais em que se vislumbra possibilidade da admissibilidade de provas, algumas igualmente permitidas em nosso sistema, outras não, como por exemplo a exceção da boa-fé, também chamada *good faith exception*, que se fundamenta no entendimento de que quem a obteve não poderia supor se tratar de prova eivada de ilicitude.

Atualmente, com a mudança normativa, o legislador, seguindo uma estrutura coerente da vedação das provas ilícitas, estipulou que são consideradas contaminadas as provas que provêm de outras, originalmente ilícitas. Como salienta Nucci, “o critério legislativo foi claro no art. 157 do Código de Processo Penal. Inexiste proporcionalidade. Provas ilícitas são desprezadas e, com elas, todas as derivadas²¹”.

Como exceção à não-aplicação da proporcionalidade, deve ser avaliada a hipótese em que a consideração da prova ilícita leva à inocência do acusado, uma vez que “o critério de proporcionalidade poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a aplicabilidade potencial e finalística da norma da inadmissibilidade²²”. Aproveitado o princípio da proporcionalidade *pro reo*, tem-se que “a vedação à utilização da prova ilícita no processo se choca com a presunção de inocência e com a ampla defesa, merecendo prevalecer estes últimos princípios, pois vinculados à liberdade individual²³”.

¹⁹<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=251&page=385>.

²⁰RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006, p. 123.

²¹NUCCI, Guilherme de Souza. Op cit., p. 33.

²²OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. Op cit., p. 330.

²³NUCCI, Guilherme de Souza. Idem.

Exemplificadamente, uma situação na qual se encontraria prova ilícita por derivação seria no caso de confissão obtida através de tortura, ou mesmo interceptação telefônica realizada sem autorização judicial na qual se desvendam outros crimes.

A nova dicção do artigo 157, parágrafo 1º do Código de Processo Penal, passa a tratar de maneira expressa sobre a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, salvo quando não evidenciado nexos de causalidade entre uma e outra ou quando obtidas através de fontes independentes.

Ressalta-se que o nexos de causalidade, em especial na identificação do caso concreto, se refere a causa e efeito, ou seja, é preciso que a prova ilícita e a derivada estejam ligadas de alguma forma. A própria não-derivação entre elas exclui o nexos causal.

A figura da fonte independente tem como pressuposto a demonstração de que a prova a ser valorada teve como origem uma fonte que não tenha qualquer relação de dependência com os fatos que geraram a produção da prova viciada.

Tal exceção também foi invocada pela Suprema Corte norte-americana, nos casos “Bynum vs US” e “US vs Crews”, quando se decidiu que a obtenção de prova através de fonte independente não seria influenciada pela violação presente na IV Emenda, podendo perfeitamente ser utilizada, por não guardar qualquer relação com a árvore envenenada.

No parágrafo 2º do artigo 157, o que o legislador tratou como sendo teoria da fonte independente é, na realidade, a teoria da descoberta inevitável, em que se admite a prova derivada, desde que provado, com base em dados concretos, que sua descoberta se daria independentemente de relação de causalidade

Portanto, configurando-se como independentes as provas, uma vez que a fonte é independente, ou como inevitáveis, eis que a descoberta seria inevitável, afasta-se a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. Por outro lado, se o contágio for excluído ou tiver sua conexão atenuada, no caso de prova derivada ilícita acompanhada de prova lícita independente que confirma a mesma conclusão, admite-se sua permanência no processo. Assim sendo, a prova ilícita derivada é admissível se interpretada a favor do réu:

A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito. Não se compatibiliza com o rito especial e sumário do habeas corpus o reexame aprofundado da prova da autoria do delito. Sem que possa

²⁴HC 75.497, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 09/05/03.

colher-se dos elementos do processo a resultante consequência de que toda a prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal²⁴.

O precedente norte americano para essa limitação à aplicação da doutrina da árvore envenenada é o caso “Nix vs. Williams”, do ano de 1984. Para que se admita a tese da descoberta inevitável, não é suficiente que se trabalhe com o juízo do possível, mas deve-se chegar ao juízo do provável, constituído de elementos de prova concretos.

Uma vez desentranhada a prova, e preclusa a decisão que determinou seu desentranhamento, deve ser inutilizada, de modo que é facultado às partes acompanhar o incidente.

Nucci²⁵ discorre a respeito:

As partes *podem* acompanhar o incidente de ilicitude da prova, embora, no mais das vezes, elas *devam* fazê-lo. Pode-se interpretar que a faculdade desse acompanhamento seja ligada somente à parte relativa à inutilização da prova, quiçá para ter certeza de que a referida prova ilícita extinguiu-se. Porém, valendo-se do termo *incidente*, está indicando toda a discussão que pode surgir em torno da licitude ou ilicitude da prova. Não se pode restringir a situação a um mero lapso de tempo em que se vai inutilizar a prova objetada. Em resumo, as partes podem suscitar o incidente e debater o caráter da prova. Havendo decisão, podem ainda acompanhar o método de destruição dessa mesma prova.

Por sua vez, existem correntes de entendimento diverso, as quais defendem que a destruição da prova pode obstar o direito de defesa em outros processos, uma vez que não poderá mais ser utilizada em qualquer demanda.

A intenção do legislador, na reforma, foi obviamente de tomar como absoluta a inadmissibilidade das provas ilícitas, o que se observa diante do veto²⁶ §4º do artigo 157 do Código de Processo Penal, que assim dispunha: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir

²⁵NUCCI, Guilherme de Souza. Op cit., p. 37/38.

²⁶As razões pela qual o dispositivo foi vetado foram as seguintes: “O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que o mesmo magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada”.

a sentença ou acórdão”.

Nota-se que a justificativa para o veto de referido parágrafo foi a efetividade processual, para que se deve levar em conta a celeridade. Quando ponderada tal eficácia, com a garantia de imparcialidade do juiz, abre-se uma discussão.

A descontaminação do julgado, nesse sentido, faz referência a uma estrutura processual que possibilite que a lide seja julgada por um juiz alheio à prova considerada imprestável, ou seja, trata-se de impedir que o juiz que conheceu de prova ilícita profira decisão, uma vez que teve contato com a prova e, mesmo que não queira, poderá ter seu convencimento influenciado pelo conteúdo do material probatório ilícito.

A pretensa imparcialidade do juiz, em razão da própria condição humana, não pode ser garantida em sua totalidade, pois se levando em conta os métodos de interpretação, conclui-se que, embora o julgador procure mantê-la no máximo possível, poderá, inconscientemente, contestar o conjunto probatório válido, em razão do contato que manteve com a prova, ainda que já desentranhada.

Processualmente, tem-se que, com o veto, a consequência de buscar a efetividade processual através da celeridade acabou confrontando – e atropelando – o sistema de acusação que deveria orientar o processo penal.

8. PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é uma edificação do pensamento jurídico, inerente ao Estado de Direito, que exige a concordância prática e a harmonização dos conflitos entre bens jurídicos, propiciando, no caso concreto, uma solução, sem que seja necessário o sacrifício de uns, em detrimento de outros.

Tem como função a proteção da liberdade, bem como difundir os demais princípios e garantias básicas, razão pela qual está intimamente ligado ao Direito Constitucional, devendo ser invocado sempre que exista risco de lesão aos direitos e liberdades.

É classificado por Canotilho como princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou proibição do excesso, para o qual a idéia de proporção é aplicada como forma de limitação legal à arbitrariedade do Poder Executivo, ou seja, a possibilidade de garantir a esfera de liberdade individual em detrimento dos excessos administrativos e judiciais²⁷.

O conteúdo axiológico e ideológico dos interesses invocados como dignos de proteção fundamentados pela retórica abstrata e subjetividade da proporcionalidade sopesa em desfavor do equilíbrio dos direitos em estado de tensão.

²⁷GOMES, Magno Frederici. **Provas Ilícitas no Processo Penal**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v. 30 jun/jul 2009, p. 32.

No entanto, devido a seu caráter subjetivo, torna-se complexo compatibilizar os valores nos casos em concreto.

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade²⁸.

Para Celso Ribeiro Bastos²⁹, o disposto no inciso LVI do art. 5º da Constituição da República “deve ceder naquelas hipóteses em que a sua observância intransigente levaria a uma lesão de um direito fundamental ainda mais valorado”, pois “a prova, a ser feita valer, deve ser indispensável na defesa de um direito constitucional mais encarecido e valorizado pela Lei Maior do que aquele cuja violação se deu”. Ainda, sustenta que “é necessário que a produção desta prova se faça na defesa do réu e não a favor do Estado, entendido este como autor da ação penal”³⁰.

Para Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho³¹, deve haver a prevalência do interesse público mais importante, sendo que o direito à liberdade e à ampla defesa se sobreporia ao direito à privacidade. Assim, conclui que, ao produzir prova considerada como ilícita, o acusado estaria abrangido por causas excludentes, como o estado de necessidade ou a legítima defesa.

A proporcionalidade teve grande aparição na Alemanha pós-guerra, rompendo com a tradição da *civil law*, amparada nos artigos 1º e 2º da Constituição Alemã. Os Tribunais Alemães, entre eles o *Bundesgerichtshof*, têm indicado a aplicação do princípio da proporcionalidade, buscando a solução mais plausível dos casos em que se trata de provas obtidas ilicitamente.

A respeito da utilização do critério da proporcionalidade nas Cortes alemãs, segue a doutrina de Ada Pellegrini:

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *verhältnismässigkeit prinzip* (sic), ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter

²⁸MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 331.

²⁹BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 276.

³⁰*Ibidem*.

³¹CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O Processo Penal em face da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 25/26.

excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.³²

No Brasil, vislumbra-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da aplicação do princípio da proporcionalidade na questão da licitude da prova:

PENAL. PROCESSUAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. "HABEAS CORPUS".

1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. 2. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cujo harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade. 3. Precedentes do STF. (RHC nº 7216/SP, STJ, 5ªT, Rel. Min. Edson Vidigal, D. J. 25.05.98, por unanimidade, negar provimento)

Há dois pontos que precisam ser apreciados sob a ótica do princípio da proporcionalidade. O primeiro ocorre quando o direito de maior relevância for o violado. Neste caso, tal direito deverá ser tutelado pelo Poder Judiciário e, conseqüentemente, a prova ilicitamente obtida não deverá ser aceita. O segundo acontece no momento em que o direito oriundo da prova ilicitamente obtida possuir maior relevância que o direito violado pela ilicitude na obtenção da prova. Neste caso, a prova ilícita deverá ser aceita, válida e eficazmente.

Salienta Elimar Szaniawski que podem existir complicações ao aplicar o princípio de forma desmedida:

A aplicação desse princípio insere, em si, uma gama de subjetivismo, podendo, de acordo com este subjetivismo, trazer perigos para a garantia da lisura plena das provas trazidas ao processo, e a proteção necessária da dignidade e do livre desdobramento da personalidade humana. (...) Por isso, apesar de sermos favoráveis à utilização do princípio da proporcionalidade como um sistema eficaz e necessário para a obtenção e salvaguarda do equilíbrio entre valores fundamentais em conflito, assinalamos que somente deveremos aplicá-los em situações concretas extraordinárias, nos quais é imprescindível a ob-

³²GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

³³SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais,

tenção de meios de prova que possam violar, eventualmente, o direito geral de personalidade de alguém ou tipificações³³.

Em decorrência do exposto, é incontestável que o critério da proporcionalidade estabelece que sejam sopesados os interesses e direitos postos em questão, predominando o de maior relevância no caso concreto.

Não se trata, deste modo, de se estabelecer um paralelo entre o valor abstrato dos bens em litígio, tendo em vista que o princípio da proporcionalidade exige que os direitos ou bens jurídicos em questão sejam sopesados de acordo com a importância conferida ao bem em determinada situação.

9. CONCLUSÃO

O tratamento que é dado aos casos em que se depara com a prova ilícita e ilícita por derivação macula o livre convencimento do juiz. O julgador, ao se deparar com o conteúdo da prova declarada ilícita, resta contaminado, pela demonstração lógica de realidade, projetando seu convencimento viciado às demais provas produzidas.

A reconstrução do acontecimento histórico-real dos fatos, trazida pela prova ilícita, irradia-se inexoravelmente para o conjunto probatório.

A neutralidade e a imparcialidade judicial quedam-se abaladas pela influência dos valores advindos da ilicitude.

O juiz poderá contestar o conjunto probatório válido, em razão do contato que manteve com a prova, ainda que desentranhada.

O seu afastamento do processo é medida que se impõe, para que a jurisdição possa ser democrática.

10. REFERÊNCIAS

BARROS, M. A. de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BASTOS, C. R. **Comentários à constituição federal brasileira**. São Paulo:

1993, p. 115 e 116. – Com relação ao subjetivismo do juiz, Barbosa Moreira, aduz: "... não se deve perder de vista quão frequentes são as situações em que a lei confia valoração (inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como o de 'bons costumes', o de 'mulher honesta' ou o de 'interesse público'. A subjetividade do juiz atua constante e inevitavelmente no modo de dirigir o processo e de decidir..." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Artigo publicado na **Revista de Processo**, nº 84, out-dez de 1996, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais).

Saraiva, 1993.

CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, L. G. G. C. de. **O processo penal em face da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

COUTINHO, J. N. de M. **O papel do novo juiz no processo penal**. São Paulo: COAD, 1994.

GOMES, M. F. Provas ilícitas no processo penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, v. 30, jun./jul. 2009.

GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. **As nulidades no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

JUNIOR, H. T. **Código de processo civil anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NUCCI, G. de S. **Provas no processo penal**. São Paulo: RT, 2009. p. 16.

NUNES, L. A. R. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, E. P. de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, L. C. **Provas ilícitas: teoria e a interpretação dos tribunais superiores**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.

RAMOS, J. G. G. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006.

SZANIAWSKI, E. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ILLEGAL EVIDENCES AND THEIR DERIVATION BEFORE THE PRINCIPLE OF THE FREE MOTIVATED PERSUASION. “THE WITHDRAWAL BY THE CONTAMINATED JUDGE”

ABSTRACT: A brief exposition of the general theory of procedures of the evidence, through its guiding principles, to achieve the exceptional circumstances in which the legislature granted the use of the illegal evidence, when obtained from independent sources and when a discovery is inevitable.

KEYWORDS: Illegal evidence. Derivation. Suppression. Theory of “Fruits of the poisonous tree”. Judge. Free conviction.