

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUIS HENRIQUE CÉSAR PRATA

**A PROVA ILÍCITA NO ANTEPROJETO Nº 156/2009. O NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL**

**BRASÍLIA,
AGOSTO DE 2015**

LUIS HENRIQUE CESAR PRATA

**A PROVA ILÍCITA NO ANTEPROJETO Nº 156/2009. O NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, como requisito final para obtenção de Certificado de Especialização em Direito Penal e Processo Penal.

**BRASÍLIA,
AGOSTO DE 2015**

LUIS HENRIQUE CESAR PRATA

**A PROVA ILÍCITA NO ANTEPROJETO Nº 156/2009. O NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, como requisito final para obtenção de Certificado de Especialização em Direito Penal e Processo Penal.

Brasília, 31 de agosto de 2015.

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinador

RESUMO

O trabalho ora proposto enfoca o instituto da prova ilícita desde a previsão constitucional de 1988 até o Projeto do Novo Código de Processo Penal - PL 156/2009, do Senado Federal. Utilizando a pesquisa doutrinária. O estudo expõe a conceituação desse instituto, inquirendo sobre sua finalidade, espécies e as diferenças existentes entre a prova ilícita e as ilegítimas. Aborda, também, os princípios formulados pela doutrina para a possibilidade ou não de aceitação de uma prova obtida por meios ilícitos no processo penal, frente ao dispositivo constitucional que proíbe essa utilização e o direito à prova. Ademais, é estudada pormenorizadamente a prova derivada da ilícita, sendo abordada a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados (*fruits of the poisonous tree*), bem como as Teorias da Fonte Independente (*independent source doctrine*) e da Descoberta Inevitável (*inevitable discovery exceptio*). Por fim, foram observadas as alterações que o Projeto do Novo Código de Processo Penal trouxe a propósito da prova ilícita.

Palavras-chave: Processo Penal. Prova Ilícita. Projeto Novo Código de Processo Penal.

ABSTRACT

The work proposed here focuses on the institute of illegal evidence from the constitutional provision of 1988 to the Project of the New Criminal Procedure Code - PL 156/2009, the Senate. Using the doctrinal research. The study exposes the concept of this institute, asking about its purpose, species and the differences between the illegal evidence and illegitimate. Addresses also the principles formulated by the doctrine to whether or not to accept evidence obtained by illicit means in criminal proceedings, against the constitutional provision prohibiting such use and the right to the test. Moreover, it is studied in depth the illicit derived test, and addressed the Theory of Tree of Poisoned fruits (fruits of the poisonous tree) and the Independent Source Theories (independent source doctrine) and the inevitable Discovery (inevitable discovery exceptio). Finally, the changes that the New Project Criminal Procedure Code brought in connection with the illegal evidence were observed.

Keywords: Criminal Procedure. Unlawful race. Project New Code of Criminal Procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1.0 Da Prova no Processo Penal.....	10
1.1 Conceito de Prova	11
1.2 Princípios relacionados à prova no processo penal	14
1.2.1 Princípio da comunhão de provas	15
1.2.2 Princípio do contraditório.....	15
1.2.3 Princípio da ampla defesa	16
1.2.4 Princípio do “nemo tenetur se detegere”	18
1.2.5 Princípio da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito.....	19
2.0 A PROVA ILÍCITA NO DIREITO BRASILEIRO.....	20
2.1 Prova ilícita e ilegítima	22
2.2 Teoria sobre a admissibilidade da prova ilícita.....	23
2.3 Teoria sobre a inadmissibilidade da prova ilícita.....	24
2.4 Admissibilidade da prova ilícita sobre o enfoque do princípio da proporcionalidade.....	25
2.5 A prova Ilícita na constituição federal de 1988.....	26
2.6 A prova ilícita no código de processo penal brasileiro Lei nº 3.689/1941	28
2.7 A prova ilícita no código de processo penal com advento da reforma introduzida pela lei nº 11.690/2008.....	29
2.7.1 Prova ilícita por derivação - § 1º E § 2º do artigo 157 do código de processo penal - teoria dos frutos da árvore envenenada “fruits of the poisonous tree”.	31
2.7.2 A destinação da prova ilícita § 3º do artigo 157 do código de processo penal.....	35
2.7.3 Veto ao § 4º do artigo 157 do código de processo penal.....	36
3.0 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL-PROJETO DE LEI Nº 156/2009 DO SENADO FEDERAL.....	37

3.1 As alterações trazidas pelo Projeto do Código de Processo Penal Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal, referente à Teoria Geral das Provas.....	39
3.2 O tratamento que o Projeto do Código de Processo Penal, Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal, conferiu as Provas Ilícitas.	45
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

O nosso Direito Processual Penal vem sendo objeto de reformas pontuais realizadas ao longo dos últimos anos e está prestes a receber um novo Código de Processo Penal, Projeto de Lei 156/2009 do Senado Federal, que buscará adequar-se ao sistema acusatório delineado na Constituição da República de 1988. O trabalho ora proposto tem como fito a análise da prova ilícita desde sua previsão no artigo 5º LVI da nossa Carta Política, passando pela reforma introduzida pela Lei nº 11.609/2008 até chegarmos à Proposta do novo Código. O tema é um dos mais tormentosos, pois de um lado temos a crescente criminalidade e do outro os direitos e garantias individuais do agente, que devem ser preservadas. Da mesma forma é instigante, não apenas pelo caráter teórico que ensejam discussões doutrinárias, mas, principalmente, pelas questões práticas que dele emergem.

No primeiro capítulo, o presente trabalho, por uma questão de didática, se inicia com a conceituação da palavra prova e posteriormente, passa-se a analisar o vocábulo, nos seguintes aspectos: a) quanto à atividade probatória; b) o resultado da atividade probatória; c) elementos de convicção; d) os meios de prova; e em seguida são expostos os princípios atinentes à matéria.

No segundo capítulo, são analisados os principais aspectos da prova penal, atentando-se para as provas ilícitas e ilegítimas, sem deixar de mencionar exceções às proibições. Em seguida, são mencionadas e comentadas as previsões da prova ilícita contidas na Constituição Federal de 1988 e no artigo 157 e parágrafos do atual Código de Processo Penal. Adiante, é estudada pormenorizadamente a prova derivada da ilícita, sendo abordada a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados “*fruits of the poisonous tree*”, bem como Teorias da Fonte Independente “*independent source doctrine*” e da Descoberta Inevitável “*inevitable Discovery exceptio*”.

Em continuação, são abordados os motivos que levaram ao veto do § 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal, que impedia o magistrado que tivesse contato com a prova inadmissível, proferir sentença ou acórdão.

No último capítulo, é enfocada a tramitação do Projeto de Lei 156/2009, o novo Código de Processo Penal, o qual já foi aprovado no Senado e enviado para a Câmara dos Deputados, onde se encontra em trâmite, sob o número 8.045/2010. Logo em seguida se comenta sobre a Teoria Geral das Provas no Projeto do Novo CPP. Após, são estudadas as alterações trazidas pelo Projeto do Código de Processo Penal no que se refere às provas ilícitas em confronto com nosso Código vigente, seguindo-se da conclusão do trabalho.

1.0 Da Prova no Processo Penal

O direito à prova, apesar de não estar expresso na Constituição Federal, é derivado do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Sem o qual, não seria possível a devida prestação jurisdicional, nos moldes de um Estado Democrático de Direito.

Em uma perspectiva histórica sobre o direito a prova, as constituições brasileiras de 1891, 1934, 1937, 1947 e 1967 sempre incluíram, entre os direitos individuais, cláusulas concernentes ao direito de defesa em matéria criminal, que se depreende o direito à Prova. É ler-se:

“Constituição de 1891, o art. 72, § 16.: “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com os recursos e meios essenciais a ela...”; em 1934, o art. 113, n. 25: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”; mesmo na Carta do Estado Novo, de 1937, o art. 122, n.122, n.11, incluía disposição segundo a qual “...a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa”; no texto de 1946, o art. 141, § 25.º: “É assegurada aos acusados plena defesa... A instrução criminal será contraditória; e as mesmas garantias eram contempladas pelo art. 150, §§ 15.º e 16.º da Carta de 1967 e, ainda, no art. 153, §§ 15.º e 16.º da Emenda Constitucional n.1, de 1969.”¹

Na nossa Constituição Federal de 1988, além de consagrar as tradicionais cláusulas do contraditório e da ampla defesa (art. 5º., inc. LIV) e a *presunção de inocência* (art.5.º inc. LVII), dos quais também se extrai *o direito de defender-se provando*, que não somente é pressuposto de um processo justo e equitativo, mas também condição indispensável para que se possa obter, validamente, a prova da culpabilidade.”²

Importante ressaltar que a consagração definitiva, expressa e clara do direito à prova no Brasil só veio a ocorrer, recentemente, com a incorporação ao nosso ordenamento,

¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 80.

² ILLUMINATI, La presunzione... cit, p.181 apud GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 80.

das garantias contidas no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966, e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), de 1969.³

1.1 Conceito de Prova

A palavra prova é utilizada em vários sentidos, todos relacionados entre si. O termo prova origina-se do latim *proba – de probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico, a *demonstração*, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato, em virtude do qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado.⁴

Segundo ensina Eduardo Espínola Filho, prova é “justamente atividade desenvolvida, no curso da ação penal, no sentido de convencer de que ocorreu, efetivamente, infração penal e dela é ou são autores quem a denúncia ou queixa acusa”.⁵

Para o professor José Frederico Marques, a “prova penal é um episódio no processo, porque nele é que tem de ser demonstrada a procedência da pretensão punitiva, ou a sua improcedência.”⁶

Nesse momento, importante analisar o vocábulo prova, nos seguintes aspectos: a) quanto à atividade probatória; b) o resultado da atividade probatória; c) elementos de convicção; d) os meios de prova.

No que se refere à atividade probatória, isto é, o conjunto de atos praticados pelas partes ou terceiros (testemunhas, peritos etc.) e até pelo juiz, para averiguar a verdade e formar o convencimento desse último (jugador)⁷. Um exemplo no nosso Código de Processo Penal é o artigo 156, que incumbe o ônus da prova a quem ela aproveita, ou seja, cabe ao beneficiário da alegação demonstrar a sua veracidade.

³ VOLKNER DE CASTILHO. Wiecko, **A incorporação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos pelo Direito Brasileiro**. Fascículos de Ciências Penais, 1993, 6 (6) : 3-12, apud GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 82.

⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997. 4v. p.491.

⁵ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 1ª Ed. Atualizada por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas-SP, Bookseller, 2000. 2v. p. 489.

⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ªEd. São Paulo, Forense, 1965. 2v. p. 277.

⁷ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de Processo Penal**. 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 1978. 3v. p. 412.

Sobre o ônus da prova, afirma Guilherme de Souza Nucci⁸ que “o ônus representa um encargo, uma responsabilidade, tendo um sentido negativo, valorando-se como a obrigação, sem a qual não se pode subtrair, sob pena de sofrer as consequências desfavoráveis ao próprio interesse”.

Insta Observar que no Processo Penal, em regra, o ônus da prova é da acusação, que ao intentar a ação penal, terá que demonstrar ser o réu culpado do crime que lhe é imputado, pois com ensina o adágio romano que “*Actore non probante, reus absorvir.*” Se o autor não prova o que alega, é o réu absolvido.⁹

Isso porque, no nosso ordenamento jurídico, vigora o princípio da não culpabilidade, mais conhecido como princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que assim dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Em outra acepção, a palavra *prova* significa o resultado dessa atividade.¹⁰ Exemplo: “*O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida ...*” (Artigo 155, do Código de Processo Penal).

Sobre o assunto, verifica-se que a maneira de avaliar a prova tem variado, amoldando-se à mentalidade, às conveniências, aos costumes, aos regimes políticos de cada povo e, especialmente, de cada época, à necessidade de maior segurança ou de melhor justiça, às concepções da vida e da Ordem Jurídica.¹¹

Destaca-se, que a livre apreciação da prova, pela íntima convicção que do seu valor forme o juiz, nunca legitima uma decisão apenas de consciência, que se desgarre da prova, seja fundamentada por presunções ou sentimento.¹²

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 2ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p.25.

⁹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997. 4v. p.492.

¹⁰ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de Processo Penal**. 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 1978. 3v. p. 412.

¹¹ Conf. TORNAGHI, Op. cit. p. 423.

¹² ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 1ª Ed. Atualizada por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas-SP, Bookseller, 2000. 2v. p. 500.

Oportuno é trazer as considerações trazidas na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, o qual faz algumas ponderações sobre a livre apreciação das provas. Senão vejamos:

“Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído a sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social.”

Conclui-se, dessa forma, que o juiz apreciará livremente as provas contidas nos autos, devendo, no entanto, fundamentar suas decisões sob pena de nulidade, conforme preceitua a Constituição Federal em seu artigo 93, inciso IX.

Segundo Tornaghi¹³, o vocábulo prova, com significado um pouco mais amplo, *qualquer elemento de convicção*. Assim o nosso Código de Processo Penal traz no seu artigo 6º, III, que a autoridade policial deverá “*colher todas as provas que servirem para os esclarecimentos do fato e de suas circunstâncias*”; no mesmo diploma legal em seu artigo 386 determina a absolvição do réu em relação à prova quando “*estar provado a inexistência do fato*” (inc. I); “*não haver prova da existência do fato*” (inc. II); “*estar provado que o réu não concorreu para a infração penal*” (inc. IV); “*não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal*” (inc.V) e “*não existir prova suficiente para a condenação*” (inc. VI).

No último sentido que se irá analisar, refere-se *aos meios de prova*. A expressão *meio de prova* é empregada na linguagem do Direito para *significar meio de*

¹³ Conf. TORNAGHI, Op. cit. p. 412.

*conhecimento e não meio de demonstração.*¹⁴ Nosso Código de Processo Penal traz no seu Título VII os seguintes meios de prova: o exame de corpo de delito, prova pericial; interrogatório do acusado; a confissão; prova testemunhal; prova documental e a busca e apreensão.

Dentre os meios de prova, somente se admitem as provas lícitas, devendo ser inadmitidas as provas ilícitas, isto é, as que forem obtidas por mecanismos violadores de normas de direito material ou processual. Tal tema será analisado adiante em tópico próprio.

1.2 Princípios relacionados à prova no processo penal

De acordo com De Plácido e Silva os “princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica”.¹⁵

Nesse aspecto, nem sempre os princípios estão inscritos nas leis. Isso, porque servem de base ao Direito, sendo fundamentais para à sua prática e proteção.¹⁶

Sobre esse prisma, iremos analisar alguns princípios atinentes à prova no processo penal, a fim de melhor delinear a sua aplicação no referido instituto.

Levando em consideração a divergência entre a doutrina quanto à classificação e a critérios referentes à Prova no Processo Penal, e a finalidade que propomos apresentar neste trabalho, optamos em analisar os seguintes princípios: da comunhão de provas; do contraditório, da ampla defesa, do *nemo tenetur se detegere* e da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito.

¹⁴ Conf. TORNAGHI, Op. cit. p. 421.

¹⁵ Conf. SILVA, De Plácido .Op.cit p.447.

¹⁶ Conf. SILVA, De Plácido .Op.cit p.447.

1.2.1 Princípio da comunhão de provas

A prova não pertence exclusivamente ao juiz, muito menos à partes, por outro lado ela também não pode ser invocada apenas por aquele que a produziu, ou seja, a partir da juntada da prova nos autos ela será utilizada por todos na relação processual.¹⁷

Sobre o tema, Paula Rangel faz as seguintes considerações: “O princípio da comunhão da prova é um consectário lógico dos princípios da verdade real e da igualdade das partes na relação jurídico processual, pois as partes, a fim de estabelecer a verdade histórica nos autos do processo, não abrem mão do meio de prova levado para os autos.”¹⁸

Por força do referido princípio a que uma prova produzida por qualquer uma das partes pode ser invocada pela parte contrária; uma testemunha arrolada por uma das partes pode ser inquirida pela outra, e assim por diante, qualquer prova que venha ser acostada no processo.

1.2.2 Princípio do contraditório

Entre nós, tal princípio vem explicito no artigo 5º, inciso LV, da Constituição de 1988, que dispõem: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Não só a constituição, mas, também, o Pacto São José da Costa Rica, cujo Brasil é signatário, traz em seu artigo 8º algumas considerações sobre o contraditório, senão vejamos:

“Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada

¹⁷ Conf. TORNAGHI, Hélio Bastos. Op.cit. p. 416.

¹⁸ RANGEL, Paulo, **Direito Processual Penal**. 13ª Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p.410- 411.

contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Segundo ensina Mirabete, o princípio do contraditório é a “*ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contradita-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que se conceda às partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões.*”¹⁹

Para Denilson Feitosa, são corolário do princípio do contraditório os “*princípios da isonomia processual (a parte contrária deve ser ouvida em igualdade de condições), da igualdade processual (igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada) e a liberdade processual (faculdade que tem o acusado de nomear advogado de sua preferência, de apresentar provas etc.)*”²⁰

A título de exemplo, nosso Código de Processo Penal traz em seu bojo algumas regras que realçam tais garantias como assim dispõe o artigo 261 “*Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado, sem defensor.*” No mesmo sentido é o artigo 263, ao dispor que “*Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação*”

Nesse sentido, verifica-se que o contraditório é uma garantia fundamental de *imparcialidade, legitimidade* da prestação jurisdicional, sem o qual a decisão judicial corre o risco de ser unilateral, ilegítima e injusta, ou seja, carecedora da verdadeira justiça.²¹

1.2.3 Princípio da ampla defesa

Também consagrado pela Constituição Federal no seu artigo 5º inciso LV, o princípio da ampla defesa é uma característica do Estado Democrático de Direito, pois é uma garantia à defesa da cidadania.

¹⁹ MIRABETE, Julio Fabrini, Processo Penal.4ª Ed. São Paulo, Atlas, 1995, p.44.

²⁰ FEITOZA, Denilson, Direito Processual Penal- teoria ,critica e práxis. 5ª ed. Niterói, Impetus, 2008, p.135.

²¹ MAGALHAES GOMES FILHO. Antônio. Direito à Prova no Processo Penal Brasileiro. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais , 1997, p.137.

Sobre a sua importância, ensina José Afonso da Silva:

“O poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos (brasileiros) e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade e pertencem por isso à categoria dos denominados *direitos cívicos*”.²²

Sobre a ampla defesa, o Pacto de São José da Costa Rica, no seu artigo 8º, 2, assegura a toda pessoa acusada de delito a garantia mínima de:

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

3. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

4. **comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;**

5. **concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;**

6. **direito ao acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;**

7. **direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado,** remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

8. **direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;**

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 434.

9. **direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e**

10. direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

11. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

12. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.” (G.N)

Consoante o magistério de José Frederico Marques, ao falar de plenitude de defesa, a ela assim se refere:

“Defesa é o direito que tem o réu ou acusado de opor-se à pretensão do autor (público ou privado), no curso do processo instaurado contra este. E como o processo tem um duplo conteúdo – um processual e outro de mérito – distinguem-se duas formas de defesa: a defesa processual e a defesa de mérito. Com a primeira, o acusado procurará mostrar, quando isto couber, que é inadmissível a prestação jurisdicional pedida, por falta de algum pressuposto processual, condição da ação ou de procedibilidade; e com a segunda, tentará demonstrar que inexistente o direito de punir, ou que a acusação, no todo ou em parte, é improcedente.”²³

Segundo Guilherme de Souza Nucci “A *defesa constitui direito inerente à pessoa humana, conferindo-se dignidade, nos contextos das relações sociais. Representa uma proteção, uma oposição ou uma justificação voltada à acusação da prática de um crime, quando se está no cenário penal.*”²⁴

1.2.4 Princípio do “*nemo tenetur se detegere*”

Depreende-se de tal princípio a garantia ao acusado de não produzir prova contra si mesmo, o que o autoriza a permanecer em silêncio durante o seu interrogatório e a faculdade de colaborar com as investigações.

²³ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. 1, p. 102-103.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 1ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p.263.

O direito ao silêncio é uma decorrência do princípio do *nemo tenetur se detegere*, que está previsto no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, a qual dispõe que: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

O Silêncio é direito de primeira geração (direitos de liberdade), que significa direito de oposição ou de resistência perante o Estado. Além disso, o *nemo tenetur se detegere* está inserido na cláusula do devido processo legal, logo, é também de interesse público para o exercício correto da jurisdição, e também é uma garantia, garantia de autodeterminação do acusado.²⁵

Deste modo, conclui-se, que o acusado não pode ser obrigado a produzir provas em seu desfavor, uma vez que há limites na busca da verdade no processo, devendo ser observado dentre outras garantias a dignidade humana, a intimidade e a incolumidade física e psíquica.

1.2.5 Princípio da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito

A inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, tem como pressuposto a ética, os bons costumes e a imparcialidade do Estado julgador da prestação jurisdicional. A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI, afirma que “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

No que diz respeito ao tema, ensina Guilherme de Souza Nucci:

O princípio significa a proibição de se valer de provas- elementos destinados à demonstração da verdade, persuadindo o julgador – maculadas pelo vício de origem, vez que extraídas por mecanismos ilícitos. De nada adiantaria a formação de um processo repleto de garantias constitucionais, focado no juiz e no promotor imparciais, com direito à ampla defesa e ao contraditório, realizado publicamente, para a segurança de todos, além de formalizado por inúmeras regras garantistas se o principal núcleo de avaliação, voltado a apuração da verdade dos fatos, estivesse manchado pela ilicitude.

²⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. O Direito de não produzir prova contra si mesmo. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 55-56.

A inidoneidade dos elementos fornecidos ao magistrado para a demonstração da autenticidade ou inverossimilhança das alegações produzidas pelas partes deve ser mantida, acima de qualquer outro interesse. O julgamento justo se perfaz na exata medida em que o juiz se vale de provas sérias e escorreitas, sem vícios, mormente os de natureza criminosa. Cultuar o ilícito para apurar e punir o ilícito é um fomento ao contrassenso, logo, inadmissível no Estado Democrático de Direito.²⁶

Sobre o tema, leciona Fernando da Costa Tourinho Filho que “*entre o interesse estatal quanto à repressão e o respeito à dignidade humana e àquela série mínima de liberdade e garantias espraiadas no nosso ordenamento jurídico, o legislador constituinte brasileiro optou pela última solução. A eficácia da persecução penal precisava encontrar um limite no respeito das garantias individuais.*”²⁷

Trataremos mais pormenorizadamente da prova ilícita nos capítulos II e III deste trabalho.

2.0 A PROVA ILÍCITA NO DIREITO BRASILEIRO

O tema prova ilícita é um dos mais tormentosos no direito moderno, pois de um lado tem-se o Estado como legitimado para enfrentar a criminalidade que vem se desenvolvendo de uma maneira crescente, violenta, organizada e disseminada por toda a sociedade organizada; do outro, temos o cidadão que deve ter os seus direitos e garantias constitucionais respeitados, principalmente, para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos estatais.²⁸

Nesse aspecto, temos que a colheita da prova ilícita viola as garantias constitucionais que asseguram os direitos fundamentais da pessoa. A título de exemplo, temos: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (art. 5º, X, CF),

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 1ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 322-326.

²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, V. I. 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 63.

²⁸ FERNANDES. Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª Ed., São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2010, p.81.

inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CF), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (art. 5º, XII, CF), a vedação à tortura ou qualquer outro tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF), o amparo ao preso em sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CF).²⁹

Em nosso ordenamento jurídico, a vedação da prova obtida por meio ilícito vem expressa na Constituição Federal no artigo 5º, inciso LVI, senão vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

A sua vedação também vem estampada no nosso Código de Processo Penal no artigo 157. É ler-se:

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)

²⁹ FERNANDES. Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª Ed., São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2010, p.83.

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

No presente capítulo, abordaremos o tema prova ilícita na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a prova ilícita por derivação, a possibilidade de utilização da prova ilícita, bem como as decisões dos tribunais superiores sobre a admissibilidade ou não das provas ilícitas.

2.1 Prova ilícita e ilegítima

A doutrina faz distinção entre provas *ilegais*, *ilícitas* e *ilegítimas*. A prova ilegal é o gênero, do qual são espécies as provas *ilícitas* e *ilegítimas*. Enquanto aquelas, segundo Nuvolone, são obtidas com violação de normas materiais, as ilegítimas as introduzidas no processo contra as determinações de normas processuais.³⁰

Ilícita é a prova que viola regra de direito material ou constitucional no momento de sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este. Neste Caso, Explica Maria Thereza, “*embora servindo, de forma imediata, também a interesses processuais, é vista, de maneira fundamental, em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independente de processo. Em geral, ocorre com violação da intimidade privacidade ou dignidade.*”³¹

No entendimento de Grinover, Fernandes e Gomes Filho³², prova ilícita é aquela: *colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e, especialmente, dos direitos de personalidade e mais especificamente do direito à intimidade.*

Assim, exemplificam-se como provas ilícitas as colhidas mediante tortura ou maus-tratos (artigo 5º, inciso III da CF); as colhidas com desrespeito intimidade (artigo 5º, inciso X da CF); as obtidas com violação do domicílio (artigo 5º, inciso XI da CF); as obtidas com violação ao sigilo das comunicações (artigo 5º, inciso XII da CF), dentre outras.

³⁰ NUVELONE apud GRINOVER. Ada Pelegrine. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva 1976, p. 126.

³¹ MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA apud LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2012. p.593.

³² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 131.

No tocante a prova *ilegítima*, esta ocorre com a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesse atinentes a lógica e à finalidade do processo.³³

A título de exemplo de provas *ilegítimas* temos a proibição de juntada aos autos de documento na fase de alegações finais para sentença de pronúncia (artigo 406, §2º do CPP); a proibição de produção ou leitura de documento novo no julgamento plenário do Tribunal do Júri, que não tenha sido comunicado à parte contrária com antecedência mínima de três dias (artigo 475, CPP), dentre outras.

É de suma importância fazer esta distinção entre prova ilícita e ilegítima, pois esta, por estar ligada intimamente à atividade processual é passível de repetição, ou seja, o vício pode ser sanado, portanto, validado pela repetição; aquela que é inadmissível no processo não é passível de repetição, devendo ser desentranhada do processo como prevê o artigo 157 do Código de Processo Penal.

2.2 Teoria sobre a admissibilidade da prova ilícita

Existe uma corrente minoritária adepta da aceitação da prova ilícita, para o seus adeptos a prova poderia ser admitida desde que não fosse vedada pelo direito processual.

Segundo Raquel de Pinheiro de Andrade Mendonça³⁴:

“Esta teoria consagra a idéia de apenas considerar ilícitas as provas obtidas com violação às normas processuais – ilegítimas, uma vez que a única sanção cabível para a violação na obtenção da prova (ilícita) seria apenas civil, administrativa ou penal em função de um descumprimento de uma ordem legal.”

Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha esclarece que “*a única teoria que admite a prova ilícita parte do princípio de que somente podem ser rejeitadas no processo as*

³³ MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA apud LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal** . 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2012. p.593.

³⁴ MENDONÇA, Raquel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 57.

provas violadoras de uma norma instrumental, as ilegítimas, por serem as únicas que dispõem de uma sanção de natureza processual”

Comunga do mesmo entendimento, Fernando de Almeida Pedroso, após expor a sua opinião, contrária à vedação constitucional à admissibilidade das provas ilícitas. Afirma que a rigidez dessa disposição constitucional deverá ser cotejada com todos os demais interesses envolvidos na apuração da verdade mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.³⁵

A grande crítica a esta corrente é que diante da ilicitude da colheita da prova, esta seria utilizada no processo penal para ensejar a condenação de um réu. Além de estar legitimando um ato ilícito, também, estaria incentivando e prestigiando sua colheita ao arrepio da lei.

Como já falado, tal corrente é inexpressiva, pois a vedação da produção da prova ilícita é expressa na Constituição, interpretação divergente estaria desprezando a lei maior, por isso tal entendimento hoje no Brasil não tem abrigo.

2.3 Teoria sobre a inadmissibilidade da prova ilícita

A corrente que se filia à inadmissibilidade da prova ilícita sustenta que as provas obtidas por meios ilícitos devem ser eliminadas do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados,³⁶ ou seja, seus defensores fazem uma interpretação literal do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Os seguidores desse posicionamento sustentam a inadmissibilidade das provas ilícitas com vistas à unidade do ordenamento jurídico, salientando que *“sempre que a obtenção da prova resultasse em violação de normas jurídicas, o prejudicado teria o direito de pleitear sua inadmissibilidade e sua ineficácia em juízo”*.³⁷

³⁵ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 178.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 62.

³⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. O Direito de não produzir prova contra si mesmo. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 380.

Os seus adeptos consideram que, mesmo que fossem punidos os autores das infrações, não seria adequado que o Estado, que tem como objetivo combater os atos ilícitos, deles se beneficiasse, utilizando-se da prova ilícita.³⁸

Nesse sentido explica José Carlos Barbosa Moreira:³⁹

“Para essa teoria, o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado preceito legal, com prejuízo alheio: por conseguinte, o órgão judicial não conhecerá eficácia a prova ilegalmente obtida.”

Uma grande crítica a essa teoria é exatamente quanto à sua “*absolutização*”, tendo em vista que estamos em um momento em que a ciência e o próprio direito constitucional negam o caráter absoluto de regras e direitos, ainda mais quando é evidente que todo saber é datado e tem prazo de validade e, principalmente, que a Constituição, como qualquer outra lei, já nasce obsoleta, diante da imaginável velocidade do desenvolvimento social.⁴⁰

2.4 Admissibilidade da prova ilícita sobre o enfoque do princípio da proporcionalidade.

Para os que se filiam a essa corrente, a prova ilícita poderia ser sim utilizada, tendo em vista a relevância do interesse público a ser resguardado. Assim, poderia haver um flexibilização em admitir a prova ilícita em situações graves e excepcionais, a fim de garantir a proteção de valores fundamentais.

Ao analisar o tema, Guerra Filho⁴¹ traz o entendimento da primeira decisão da Corte Constitucional Alemã, de 16 de março de 1971, a qual abordou o **princípio da**

³⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 379.

³⁹ MOREIRA apud MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2001, p. 63.

⁴⁰ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2012, p.595.

⁴¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio constitucional da proporcionalidade**. Ensaios de teoria constitucional. Fortaleza, 1989, p. 75.

proporcionalidade com maior nitidez, enfatizando a exigibilidade e a adequação de elementos básicos. Senão vejamos:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.”

Segundo Antônio Gomes Filho⁴², apesar do tema não ser pacífico na doutrina, foi acolhido pela Suprema Corte Alemã o entendimento de que:

“[...] a efetiva realização da justiça penal constitui um importante interesse do Estado de Direito, que, em determinadas circunstâncias, pode justificar o sacrifício dos direitos individuais; à vista disso, entende-se legítima a derrogação de certas regras de exclusão de prova, ditadas pelo interesse de proteção ao indivíduo, em nome da prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade”

Nesse passo, o princípio da proporcionalidade será o responsável pela escolha de qual princípio deve ser sacrificado e qual deve ser preservado, mas sempre destacando que a aplicação deste princípio deverá estar atrelada à observância de alguns critérios, como os valores envolvidos, a ordem das prioridades estabelecidas pela lei e a regra da proporcionalidade (entre o meio empregado e o fim a ser obtido).⁴³

2.5 A prova Ilícita na constituição federal de 1988

Antes de adentrar especificamente ao tema, vale esclarecer que os atuais procedimentos probatórios são um reflexo importante das conquistas liberais, em especial a partir do século XIX, e cumprem um papel de legitimação das decisões de aplicação do direito. São mais uma dimensão do princípio da legalidade, pela qual a vontade da lei substituiu a vontade do soberano na organização e no funcionamento do Estado.

⁴² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: revistas dos tribunais, 1997, p. 105

⁴³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: revistas dos tribunais, 1997, pg. 71

demonstrações concretas de que, no direito contemporâneo, os fins nem sempre justificam os meios.⁴⁴

Em uma perspectiva histórica, ao se retroagir à Idade Média, verifica-se que o sistema probatório baseado nas ordálias tinha justificção religiosa. Submetia-se a parte a um teste físico, frequentemente envolvendo suplícios horríveis, e acreditava-se que Deus salvaria quem estava certo. O mesmo raciocínio meta jurídico se aplicava a duelos, nos quais Deus daria a vitória àquele que estivesse correto no seu pleito. Por outro lado, durante muito tempo se aceitou a prova obtida mediante confissão ou delação obtida por tortura, prática absolutamente inadmissível nas democracias modernas.⁴⁵

Sobre esse aspecto, em um período de transição entre um Estado de Exceção para um Estado Democrático de Direito, nossa Constituição foi categórica em seu artigo 5º, Inciso LXV, em afirmar peremptoriamente que “*são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito.*” Assim, a Constituição Federal indica que o princípio do devido processo legal não abarca a utilização, no processo, de provas obtidas pela parte ilicitamente. Ou colocado o problema de outra forma, o devido processo legal, na forma abrigada pela Constituição do Brasil, força a exclusão do processo das provas ilícitas, vedando a sua consideração pelo eventual julgador.⁴⁶

Destaca-se que a Constituição Federal apenas vedou a utilização da prova ilícita, sem fazer qualquer distinção entre o processo civil ou penal, ou entre o processo judicial ou administrativo. Nota-se que a exclusão é abrangente, ou seja, para qualquer tipo de processo.

De outro giro, a Constituição não disciplina exhaustivamente quais provas são consideradas admissíveis, ou quais são, objetivamente, todas as hipóteses de ilicitude na obtenção de provas. Há alguns dispositivos, inclusive dentro dos mesmos direitos e garantias fundamentais, que têm influência na matéria, em especial os incisos X- *são invioláveis a*

⁴⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 68-69.

⁴⁵ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 35-36.

⁴⁶ FONSECA, Rodrigo Garcia da. **DAS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO BRASILEIRO**. Revista da Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005, p.59.

intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI- a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; e XII- é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; do artigo 5º, mas não são suficientemente detalhados ao ponto de esclarecer ou auxiliar quanto à admissibilidade ou não das provas ilícitas.

Desse modo, conclui-se que ficou por conta da legislação infraconstitucional e dos tribunais, portanto, um papel importante na definição da extensão da admissibilidade ou inadmissibilidade das provas no processo como iremos demonstrar logo adiante.

2.6 A prova ilícita no código de processo penal brasileiro Lei nº 3.689/1941

Como já dito no tópico acima, ficou por conta da legislação extravagante e dos tribunais o papel da definição da admissibilidade ou inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

Acontece que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, nenhuma lei infraconstitucional foi editada para tratar da matéria, ou seja, ficou sob o crivo dos tribunais decidirem sobre a vedação ou utilização da prova ilícita no caso concreto de acordo com a interpretação do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição.

O nosso Código de Processo Penal, Decreto Lei nº 3.689/1941 no seu Título VII, Capítulo I, que trata sobre as disposições gerais da prova, assim dispunha. É ler-se

Art. 155. No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

Como se vê, a única restrição que o Código de Processo Penal trazia sobre prova era no seu artigo 155, referente ao estado das pessoas. Só após 20 anos de promulgação da Constituição Federal é que veio uma lei infraconstitucional tratar do tema. Com advento da Lei 11.680/2008 que reformou parte do Código de Processo Penal, em especial, no que se refere às provas, trazendo uma nova roupagem para o artigo 157, o qual veio normatizar a prova ilícita.

2.7 A prova ilícita no código de processo penal com advento da reforma introduzida pela lei nº 11.690/2008.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o nosso Código de Processo Penal brasileiro de 1941, apesar de já ter adotado o modelo acusatório, encontrava-se totalmente superado pela realidade dos novos tempos. Nesse particular, a Constituição de 1988 introduziu no sistema penal princípios e regras com as quais o Código de Processual de 1941 entrou em conflito, tendo como consequência a perda da eficácia de muitas de suas normas em face da nova ordem jurídica ou passaram a ser interpretadas de modo diverso, pois não se coadunavam com a Constituição.⁴⁷

Nesse aspecto, as inovações introduzidas, merecendo destaque o tratamento conferido à prova ilícita, objeto da Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, antes referida, oriunda do Projeto de Lei n. 4.205/2001, deu uma nova roupagem ao Código de Processo Penal, para atender as novas tendências contemporâneas e, principalmente, a Carta Constitucional.

Como já informado, desde o advento da Constituição Federal de 1988, o tema prova ilícita reclamava disciplina na legislação ordinária. O art. 5º, LVI, do texto constitucional estabeleceu que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo. No entanto, muitas questões relativas à matéria permaneciam sem a necessária resposta normativa, que se faz necessária por uma questão de segurança jurídica.

⁴⁷ GRINOVER. Ada Pelegri. **Reforma Infraconstitucional Processo Penal**. Ministério da Justiça, Brasil 2009, p.57.

O primeiro aspecto positivo da Lei nº 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do Código de Processo Penal, foi a definição de prova ilícita. No Projeto de Lei n. 4.205/2001, em consonância com o entendimento sustentado pela doutrina processual penal mais abalizada⁴⁸, conceituou-se a prova ilícita como aquela obtida com violação a princípios ou normas constitucionais. Na referida lei, esse conceito foi modificado para incluir também as provas obtidas com infringência a normas legais, valendo recordar que, nesse caso, está-se tratando de vedações à prova postas por normas de natureza material.⁴⁹

O artigo 157 do Código de Processo Penal, assim dispõe:

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)

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarancee GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 150.

⁴⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, jul. 2008, p. 18-19.

2.7.1 Prova ilícita por derivação - § 1º E § 2º do artigo 157 do código de processo penal - teoria dos frutos da árvore envenenada “*fruits of the poisonous tree*”.

Conforme já foi definido o conceito de prova e de sua ilicitude, passemos a analisar a prova ilícita por derivação, ou seja, a sua contaminação sobre as demais.

Segundo ensina Luiz Francisco Torquato Avólio⁵⁰, a derivação ocorre quando “*a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito.*” Daí deve se verificar a eventual contaminação que essa prova produziu em outras, para atender a exigência especificada no artigo 573, § 1º, do Código de Processo Penal.

A problemática da contaminação veio estampada nos §§ 1º e 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal. É ler-se:

Art. 157. (*omissis*)

§ 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)

Da análise do enunciado acima, importante desmembrar algumas proposições. Senão vejamos:

1. A inadmissibilidade da prova derivada da ilícita.
2. Será admitida a prova derivada quando não ficar evidenciado o nexo de causalidade.

⁵⁰ AVOLIO. Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas e interceptações telefônicas e gravações clandestinas.** 2ª Ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999, p 73.

3. Será admitida a prova derivada quando a prova puder ser obtida por uma fonte independente.

A posição adotada pelo §1º do artigo 157 do Código de Processo Penal foi no sentido da inadmissibilidade da prova derivada, com fundamento na teoria dos frutos da árvore envenenada da Suprema Corte americana.⁵¹

Sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada –*fruits of the poisonous tree*, explica Luiz Francisco Torquato Avólio⁵²:

“A doutrina cunhada pela Suprema Corte norte-americana dos "frutos da árvore envenenada" - *fruits of the poisonous tree* -, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. Assim, a partir da decisão proferida no caso "Silverthorne LumberCo. v. United States" (251 US 385; 40S.Ct. 182; 64L.Ed. 319), de 1920, as cortes passaram a excluir a prova derivadamente obtida a partir de práticas ilegais. Acreditava-se que, com isso, similarmente ao pensamento que ensejou a concepção da *exclusionary rule*, a polícia ficaria desencorajada de proceder a buscas e apreensões ilegais. Nos debates que se seguiram desde o julgamento do caso "Mapp v. Ohio", alegou-se que a regra de exclusão não alcançou substancial refratamento da má-conduta policial, e estudos empíricos confirmaram esse ponto de vista. Além disso, no que se refere à confissão extorquida, há pelo menos um argumento no sentido de que não seria digna de confiança, a não serem situações onde a prova, embora obtida ilicitamente, demonstra claramente a culpa do acusado.”

Uma posição muito rígida no que diz respeito à inadmissibilidade da prova derivada pode acarretar alguns problemas, como bem exemplifica Antônio Scarance Fernandes⁵³:

“a possibilidade de pessoas ligadas a uma organização criminosa, até mesmo policiais, produzirem intencionalmente uma prova ilícita para, com isso, impedir-se o sucesso da investigação em andamento, pois

⁵¹ Tal posicionamento já vinha sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal, como expõe o Ministro Celso de Mello no Julgamento do HC 93.050-6 (RT 878/471-89).

⁵² AVOLIO. Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas e interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2ª Ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999, p 73-74.

⁵³ FERNANDES. Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª Ed., São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2010, p.87.

tudo o que viesse a ser obtido nessa averiguação seria considerada ilícito em virtude da contaminação ocasionada pela prova ilicitamente forjada.”

Com o intuito de evitar que isso aconteça o direito comparado traz algumas limitações à teoria da árvore dos frutos envenenados, tais como as limitações das teorias da fonte independente (*independent source doctrine*) e da descoberta inevitável (*inevitable Discovery exception*).

Para melhor compreensão da matéria, cumpre tecer algumas considerações a respeito do princípio da contaminação; teoria da fonte independente (*independent source doctrine*) e da descoberta inevitável (*inevitable Discovery exception*).

O princípio da contaminação tem sua origem no caso *Silverthorne Lumber e Co. v. United States*, em 1920, tendo a expressão *fruits of the poisonous tree* sido cunhada pelo Juiz *Frankfurter*, da Corte Suprema, no caso *Nardone v. United States*, em 1937. Na decisão, afirmou-se que “*proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal*”. A lógica é muito clara, ainda que a aplicação seja extremamente complexa, de que se a árvore está envenenada, o fruto que ela gera estará igualmente contaminado.⁵⁴

O exemplo clássico é a busca e apreensão devidamente legitimada com a decisão judicial, no entanto a polícia teve conhecimento dos objetos que seriam alvo da busca e apreensão por meio de uma escuta telefônica clandestina.

Nesse passo, verifica-se que o vício se transmite a todos os elementos obtidos a partir do ato ilegal. E, como consequência, devem ser desentranhados o ato ilegal e todos que dele derivarem, pois também serão ilícitos.

O grande problema sobre a contaminação das provas está intimamente ligada com o nexa causal, que muitas das vezes é afastado pelos tribunais sobre o pretexto de não

⁵⁴ Thiago Andre Pierobom de Ávila *apud* LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2012, p.599-600.

existir conexão ou causa e efeito com a prova ilícita, ou seja, acabam transformando-as em provas lícitas.

A problemática que gira em torno do nexos causal está intimamente ligada com a teoria da fonte independente. O que quer dizer que “*as provas derivadas das ilícitas poderiam, de qualquer modo, ser descobertas de outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em independent source e, no segundo, na inevitable Discovery*”.⁵⁵

A teoria da fonte independente (*independent source doctrine*) ocorreu no caso *Murray v. United States*, em 1988, em que policiais entraram ilegalmente em uma casa onde havia suspeita de tráfico ilícito de drogas e confirmaram a suspeita. Posteriormente requereram um mandado judicial para busca e apreensão, indicando apenas as suspeitas e sem mencionar que já haviam entrado na residência. De posse do mandado, realizaram a busca e apreenderam as drogas. A Corte entendeu que a prova era válida, e que não estava contaminada. Isso porque, no entendimento da Corte nesse caso, o mandado de busca para justificar a segunda entrada seria obtido de qualquer forma, apenas com os indícios iniciais. Essa fonte era independente e pré-constituída em relação à primeira entrada ilegal.⁵⁶

Quanto à **teoria da descoberta inevitável** (*inevitable Discovery exception*) tal teoria foi utilizada no caso *Nix v. Williams*, em 1994, para validar-se a prova que poderia ser, certamente, obtida por qualquer outra forma. O caso em julgamento, o acusado havia matado uma criança e escondido seu corpo. Foi realizada uma busca no município, com 200 voluntários, divididos em zona de atuação. Durante essa busca, a polícia obteve ilegalmente a confissão do imputado, o qual especificou o local onde havia ocultado o corpo, tendo ele sido efetivamente encontrado no local indicado. Contudo, pela sistemática das buscas realizadas, em poucas horas os voluntários também teriam encontrado o cadáver. Logo, a descoberta foi considerada inevitável e, portanto, válida a prova.⁵⁷

⁵⁵ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal** . 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2012, p 601.

⁵⁶ Thiago Andre Pierobom de Ávila *apud* LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal** . 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2012, p 601.

⁵⁷ Thiago Andre Pierobom de Ávila *apud* LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal** . 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2012, p 601.

Segundo o magistério de Ada Pellegrini Grinover, ao comentar a prova ilícita por derivação, tratadas nos §§ 1º e 2º do artigo 157, a lei distanciou-se do projeto e do anteprojeto confundindo “fonte independente” com “descoberta inevitável”. O conceito estampado no § 2º é o da descoberta inevitável, e não de fonte independente. *“Mas o dispositivo terá que ser interpretado como contendo as duas exceções, ambas decorrentes da exigência do nexa causal entre a prova ilícita e a derivada.”*⁵⁸

2.7.2 A destinação da prova ilícita § 3º do artigo 157 do código de processo penal.

Configurada a ilicitude da prova no processo, seja ela originária ou derivada, esta deverá ser desentranhada. Dispõe o §3º do artigo 157 do Código de Processo Penal que *“Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultando às partes acompanhar o incidente”*.

Diante da relevância da decisão do juiz que reconhece a ilicitude da prova, deve-se abrir a possibilidade da interposição de recurso em sentido estrito, por analogia aos incisos XIII e o XVIII do artigo 581 do Código de Processo Penal. O primeiro permite a impugnação quando o processo é anulado. O segundo prevê o recurso da decisão sobre o incidente de falsidade; ambos se assemelham ao incidente que declara a ilicitude da prova.⁵⁹

Uma severa crítica é que a inutilização não é a melhor escolha, porquanto a prova, embora ilícita em relação a um determinado processo, poderá ser útil em outro. A título de exemplo, uma confissão obtida mediante tortura pode constituir prova para o processo que venha apurar o crime de tortura previsto na Lei nº 9.455/1997.⁶⁰

⁵⁸ GRINOVER. Ada Pellegrini. **Reforma Infraconstitucional Processo Penal**. Ministério da Justiça, Brasil 2009, p. 63.

⁵⁹ FERNANDES. Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª Ed., São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2010, p.88.

⁶⁰ GRINOVER. Ada Pellegrini. **Reforma Infraconstitucional Processo Penal**. Ministério da Justiça, Brasil 2009, p. 63.

2.7.3 Veto ao § 4º do artigo 157 do código de processo penal.

O § 4º do artigo 157, trazia a seguinte redação: “*O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou o acórdão.*” Tal parágrafo foi objeto de veto presidencial, o que, sem sombra de dúvidas, representou um retrocesso, uma vez que o juiz ao ter contato com a prova declarada inadmissível já formou o seu convencimento sobre a ocorrência do crime, isto é, já se contaminou pelo seu conteúdo.

Sobre o tema Aury Lopes Junior⁶¹ faz uma severa crítica. É ver-se

“Quando ao problema da contaminação do juiz que teve contato com a prova ilícita e que deve(ria) ser impedido de julgar, o veto ao § 4º do art. 157 deve ser analisado a partir de seus próprios "fundamentos", de que a exclusão de juiz comprometeria a "eficácia" do processo penal, gerando tumulto na comarcas de juízo único. Logo, a contrário senso, nas varas em que existam dois ou mais juízes, não se justificaria a manutenção do juiz contaminado! Não havendo o motivo apontado no veto, não há mais o menor fundamento para – erroneamente manter um juiz contaminado no processo, proferindo sentença a partir da convicção formada com base na prova ilícita.

É óbvio que o juiz que conheceu a prova ilícita não pode julgar, pois está contaminado. Não basta desentranhar a prova; deve-se "desentranhar" o juiz!

Mas, para surpresa e decepção geral, esse inciso foi vetado{!!), com uma pseudofundamentação calcada em risíveis argumentos. No fundo, venceu a ideologia punitivista, e o substancialismo inquisitório, daqueles que, julgando-se "do bem", não têm pudores em fazer o mal (ao "outro", é claro), custe o que custar.”

Nota-se, que tal dispositivo era de extrema importância, por evitar a contaminação do espírito do juiz, pelo conhecimento do conteúdo da prova ilícita. No entanto, infelizmente tal dispositivo foi vetado. Agora resta aguardar a próxima reformar legislativa para ver se vão apresentar uma proposta para solucionar tal problema.

⁶¹ LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal . 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2012, p. 604-605.

3.0 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL-PROJETO DE LEI Nº 156/2009 DO SENADO FEDERAL.

O nosso Código de Processo Penal foi instituído no século passado pelo Decreto Lei nº 3.689, de 3/10/1941, há 71 anos em vigor, já se encontra defasado, não mais atendendo às necessidades da sociedade moderna.

Diante da necessidade de um novo código que atenda as exigências do Estado Democrático de Direito do Século XXI, o Senado Federal, por meio do Requerimento nº 227, de 2008, aditado pelos Requerimentos nº (s) 751 e 794, de 2008, e pelos Atos do Presidente nº (s) 11,17 e 18, de 2008, criou a Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.⁶²

A referida comissão foi composta pelos seguintes juristas: Antônio Corrêa (juiz federal); Antônio Magalhães Gomes Filho (advogado e professor); Eugenio Pacelli (procurador regional da República); Fabiano Augusto Martins Silveira (consultor legislativo do Senado); Félix Valois Coelho Júnior (advogado); Hamilton Carvalhido (ministro do Superior Tribunal de Justiça); Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (advogado e professor); Sandro Torres Avelar (delegado federal e presidente da Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal - ADPF); e Tito de Souza Amaral (promotor de Justiça).

Em 23 de abril de 2009, a Comissão de Juristas responsáveis pelo novo Código de Processo Penal, entregou o seu anteprojeto, conforme publicação no Diário do Senado Federal. É ler-se:

O SR. PRESIDENTE (José Sarney. PMDB – AP) – Antes de prosseguir na Ordem do Dia, quero comunicar que recebi, hoje, pela manhã, da Comissão de Juristas criada pelo Requerimento nº 227, de 2008, o Anteprojeto do Código de Processo Penal (CPP), que visa a substituir o Código vigente, instituído por um decreto-lei de 1941, assinado pelo Presidente Getúlio Vargas.

⁶² Brasil. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto. Brasília: Senado Federal, 2009. P. 133.

A criação da Comissão de Juristas deveu-se à iniciativa do Senador Renato Casagrande e foi efetivada na Presidência do Senador Garibaldi Alves Filho. Instalada em 9 de julho de 2008, a Comissão realizou 11 reuniões, até concluir pelo Anteprojeto que oferece à Casa nesta data.

O novo Código de Processo Penal, projeto de Lei n. 156/09, de autoria do Senador José Sarney, visa reformar o Processo Penal brasileiro, instituindo novo código. O projeto, após aprovação no Senado, foi encaminhado à Câmara dos Deputados por meio do ofício n. 2427, de 21/12/2010, para ser submetido à revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal.

Na Câmara, o projeto recebeu o número 8.045/2010.

Após requerimento formulado em 03/02/2011 para a criação de Comissão Especial para emissão de parecer, nos termos do art. 205, §1º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei foi à Coordenação de Comissões Permanentes da Câmara.

No âmbito da comissão de acompanhamento de assuntos legislativos e prerrogativas institucionais, instituiu-se comitê especial para análise do PL 156/09, aprovado no Senado e encaminhado a Câmara PL 8045/10, e eventual propostas de alterações, passíveis de apresentação como emendas ao referido projeto de lei.

O último andamento que o Projeto do novo Código de Processo Penal teve na Câmara dos Deputados foi em 26/04/2012, com a apresentação do requerimento nº 51100/2012, pelo Deputado Romero Rodrigues (PSDB-PB), o qual requer a criação de Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8.045 de 2010 do “Código de Processo Penal”.

Apesar do projeto do novo Código de Processo Penal ainda não ter sido aprovado, abordaremos nesse capítulo o tratamento que ele trouxe para as provas ilícitas em comparação com a última reforma do CPP, que ocorreu com a Lei nº 11.719/2008 e ao final do trabalho iremos verificar se as alterações trazidas são satisfatórias, no plano jurídico, ao ponto de conseguir extirpar qualquer modalidade de prova colhida por meio ilícito, garantindo

o devido processo legal e a segurança jurídica nos moldes de um Estado Democrático de Direito.

Agora vamos esperar se tal projeto vai ser aprovado e trará a luz um processo penal de inspiração democrática, em que as garantias fundamentais prevaleçam sobre as formalidades procedimentais, em que os princípios tenham mais importâncias do que as regras, e assim sejam aplicados. Se isso ocorrer, é possível que nos baste apresentar o nosso Código de Processo Penal àqueles que quiserem saber se a democracia brasileira já se consolidou.⁶³

3.1 As alterações trazidas pelo Projeto do Código de Processo Penal Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal, referente à Teoria Geral das Provas.

No ensinamento do Professor Antônio Gomes Filho, a disciplina Prova constitui o ponto central de qualquer sistema processual penal, na medida em que reflete a orientação escolhida pelo legislador entre o dilema entre a busca da verdade e a proteção dos interesses da sociedade e do indivíduo em acertar o fato tido como criminoso.⁶⁴

Como se sabe, existem dois modelos históricos de processo penal conhecidos, *o inquisitório e acusatório*, os quais distinguem-se pelo tratamento que deram à atividade probatória: no primeiro, esta é orientada pela procura obsessiva de uma verdade absoluta, conduzida pelo juiz-inquisidor, que não encontrava limites e admitia até mesmo o recurso à tortura como meio legítimo de obtenção das provas; no segundo, prepondera a iniciativa das partes na tarefa de introdução das provas e seu objetivo é apuração de uma verdade própria

⁶³ GOMES, Marcus Alan de Melo. **O projeto de lei do código de processo penal: a escolha de um novo horizonte?** In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n.209, p.03-04. Abr., 2010.

⁶⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **Princípio gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal, Projeto nº 156/2009 do Senado Federal**, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 35.

das coisas humanas, que sem a pretensão de ser absoluta, não exclui uma probabilidade contrária, mas é escolhida por razões de caráter ético.⁶⁵

No nosso Código de Processo Penal de 1941, é de fácil visualização o modelo *inquisitório*, bastando uma simples passagem pela Exposição de Motivos de Francisco Campos: “*se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à própria consciência*”.

Com advento da Constituição Federal de 1988, constata-se que essa ideologia inquisitória e autoritária do estatuto processual vigente não mais se coaduna com os princípios e garantias trazidas pela nova carta política, pois em sua essência, fica evidente a opção pelo modelo *acusatório*, bastando analisar os seguintes exemplos: o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CF), a presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), a previsão da advocacia e da defensoria pública como funções essenciais à função jurisdicional (art. 133 e 134, CF), o Ministério Público para propositura da ação penal pública (art. 129, I, CF).⁶⁶

Outro ponto que se faz necessário ressaltar é que por força do art. 5º, § 2º, da CF, às garantias expressas na Constituição estão incorporadas outras previstas nos tratados internacionais, dentre os quais, especialmente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assegura ao acusado, dentre outros, o direito ao julgamento por um juiz independente e imparcial (art. 8º, 1), de assistência a defensor de sua escolha ou proporcionado pelo Estado (art. 8º, 2, letras *d* e *e*), **o direito à prova (art. 8º, 2, f)**.⁶⁷

Para que possamos compreender o modelo proposto na parte referente à Teoria Geral da Prova (artigos 162 a 165) do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal, fez-se necessário esta parte introdutória acima exposta, bem como uma análise que se faz agora sobre alguns dispositivos do projeto do novo Código de Processo Penal.

⁶⁵ GIULIANI, 1962, p. 657-8 *apud* GOMES FILHO, Antônio Magalhães, Princípio gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal, Projeto nº 156/2009 do Senado Federal, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 36.

⁶⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, Princípio gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal, Projeto nº 156/2009 do Senado Federal, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 36.

⁶⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, Princípio gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal, Projeto nº 156/2009 do Senado Federal, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 36.

Importante anotar que, enquanto o Código atual ressalva, em seu artigo 1º , I, os tratados e convenções internacionais, o novo Código agrega de maneira inequívoca tais diplomas, senão vejamos:

Art. 1º. **O processo penal reger-se-á**, em todo o território nacional, por este Código, **bem como pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em tratados e convenções internacionais dos quais seja parte a República Federativa do Brasil.**⁶⁸ (G.N)

De outro giro, o Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal, ao declarar os princípios norteadores para aplicação da lei penal, assim dispôs expressamente em seu artigo 4º. É ler-se:

Art. 4º. **O processo penal terá estrutura acusatória**, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.⁶⁹ (G.N)

Verifica-se, desde já, que o projeto do novo Código de Processo Penal está vindo para a consolidação do Estado Democrático de Direito proposto por nossa Constituição Federal em 1988.

O novo diploma processual em seu Título VIII (Da Prova), que por sua vez inicia-se com o Capítulo I (Disposições Gerais), assim dispôs sobre a nova dinâmica das provas. *In verbis*⁷⁰:

Art. 162. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º.

Art. 163. O juiz decidirá sobre a admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei e as manifestamente impertinentes ou irrelevantes.

⁶⁸ Brasil. Senado. **Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto.** Brasília: Senado Federal, 2009.

⁶⁹ Brasil. Senado. **Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto.** Brasília: Senado Federal, 2009.

⁷⁰ Brasil. Senado. **Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto.** Brasília: Senado Federal, 2009.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Art. 164. São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos.

Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.

Art. 165. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados.

§1º A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes.

§2º As declarações do co-autor ou partícipe na mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova que atestem sua credibilidade. (G. N)

Antes de adentrar especificamente sobre o tema provas ilícitas, conforme proposta deste trabalho, faz-se um breve apanhado sobre as alterações referentes à Teoria Geral das Provas para que seja possível compreender, de uma forma global, as inovações trazidas pelo Projeto do Código de Processo Penal e, em especial, referente à ilicitude das provas, a ser abordado no próximo tópico para a conclusão do presente trabalho.

A primeira alteração trazida pelo Projeto do Código de Processo Penal, referente às provas, foi referente à iniciativa das provas que veio no artigo 162, parágrafo único, o qual estabelece que *será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º*. Ou seja, a atividade probatória de ofício do magistrado foi limitada, em busca de verdadeiro processo de partes, somente podendo o juiz atuar de ofício ao final do processo e, mesmo assim, jamais podendo atuar em substituição ao órgão do Ministério Público.⁷¹

Verifica-se, que tal alteração veio para superar o modelo do Código atual, pois mesmo com as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.690/2008, ainda admite a determinação

⁷¹ DEZEM, Guilherme Madeira. **Novo Código de Processo Penal: aspectos referentes à teoria geral da prova.** IBCCRIM, 2011.

de ofício de provas antecipadas pelo juiz, o que pode sugerir a atribuição de um poder de investigação (art. 156, I, CPP) e também a iniciativa probatória judicial no curso da instrução (art. 156, II, CPP). Nota-se, pois, os poderes instrutórios do magistrado ao esclarecimento de dúvida surgida no momento da sentença, mesmo assim sem que isso possa converter-se em substituição da atividade própria do órgão da acusação.⁷²

Em segundo lugar, veio a alteração referente ao *indeferimento das provas manifestamente impertinentes ou irrelevantes*, conforme previsão no artigo 163 do Projeto.

No ensinamento de Gomes Filho a exclusão de provas não deve ser feita apenas por critérios jurídicos (admissibilidade), mas também deve obedecer a exigências de ordem lógica: trata-se, então, de verificar se as provas que se pretende introduzir no processo são úteis ao julgamento ou, ao contrário, representam perda de tempo ou fator de confusão para o raciocínio do julgador.⁷³

E continua o referido autor tecendo comentário a respeito da aplicação deste novo instituto. É ler-se:

“Na prática, a verificação dessa relação (direta ou indireta) entre a prova proposta e os fatos da causa é quase sempre problemática, porquanto supõe uma antecipação hipotética e provisória sobre o êxito de uma prova ainda não produzida; por isso, anota Picó I Juny (1996, p. 55), deve ser excluída do juízo de pertinência a ideia de sua eventual eficácia, pois ele prescinde de qualquer consideração a respeito da concreta possibilidade de que os fatos e provas sejam efetivamente demonstrados. Ou, como observa Taruffo (1984, p. 78), para a admissão da prova, é suficiente ser ela hipoteticamente idônea a trazer, direta ou indiretamente, elementos e conhecimento sobre os fatos que devem ser provados.”⁷⁴

⁷² GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **Princípio gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal, Projeto nº 156/2009 do Senado Federal**, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 36.

⁷³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **Princípio gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal, Projeto nº 156/2009 do Senado Federal**, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 38.

⁷⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **Princípio gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal, Projeto nº 156/2009 do Senado Federal**, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 40.

Adiante, no artigo 165 e seus dois parágrafos o legislador introduz importantes disposições a respeito da fase de avaliação das provas, onde estabelece algumas regras com o fim de esclarecer o que se entende por *livre convencimento*.

No que tange a fundamentação, manteve-se o sistema do *livre convencimento*, observando-se a restrição de que este livre convencimento deverá ser baseado nas provas submetidas ao contraditório judicial, devendo o juiz indicar, na fundamentação, os elementos utilizados e os critérios adotados (art. 165).

Conforme assinala Gomes Filho, o material decisório à disposição do julgador aos dados objetivos que tiveram ingresso no processo com a participação e o controle das partes, são excluídas, em consequência, quaisquer informações outras a que possa eventualmente ter acesso o juiz, seja porque decorrem de seu conhecimento privado, seja porque obtidas em procedimentos prévios em que não esteja assegurado plenamente o contraditório.⁷⁵

A proposta no novo Código de Processo Penal sublinha, assim, que o livre convencimento não autoriza uma irrestrita liberdade de prova, mas simplesmente a valoração de elementos que o legislador considera aptos à formação do convencimento do juiz, porque produzidos com a observância da garantia fundamental do contraditório.⁷⁶

Outra alteração de grande importância trazida no mesmo artigo, diz respeito ao valor probatório das declarações prestadas pelo corréu, apresentando disposição legislativa nos seguintes termos: *As declarações do co-autor ou partícipe na mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova que atestem sua credibilidade (art. 165 §2º)*.

Ao comentar a mudança o Professor Antônio Magalhães Gomes Filho faz a seguinte comparação:

⁷⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **Princípio gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal, Projeto nº 156/2009 do Senado Federal**, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 42.

⁷⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **Princípio gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal, Projeto nº 156/2009 do Senado Federal**, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 43.

Ao contrário da testemunha – que por definição é um terceiro desinteressado e presta o depoimento sob juramento de dizer a verdade, sujeitando-se inclusive às penas do falso testemunho –, o coautor ou partícipe dá sua versão sobre os fatos com um objetivo próprio e sem qualquer compromisso com a verdade. Assim, à natural credibilidade que se empresta à prova testemunhal substitui-se uma fundada desconfiança quando se trata de valorar as declarações do corréu.⁷⁷

Daí extrai-se da proposta do novo Código que a conclusão definitiva referente ao fato investigado somente seja possível se as declarações de incriminação do coautor ou partícipe sejam harmônicas com outros elementos de prova.

3.2 O tratamento que o Projeto do Código de Processo Penal, Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal, conferiu as Provas Ilícitas.

Conforme dito alhures, a disciplina Prova constitui o ponto central de qualquer sistema processual penal, na medida em que reflete a orientação escolhida pelo legislador entre o dilema entre a busca da verdade e a proteção dos interesses da sociedade e do indivíduo em acertar o fato tido como criminoso.⁷⁸

A prova ilícita, de acordo como foi abordado em nosso trabalho, não resta dúvida que é um dos temas mais tormentosos no direito moderno, pois de um lado tem-se o Estado como legitimado para enfrentar a criminalidade que vem se desenvolvendo de uma maneira crescente, violenta, organizada e disseminada nos três poderes da República; do outro, temos o cidadão que deve ter o seu direitos e garantias constitucionais respeitados, principalmente, para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos estatais.⁷⁹

Após comentário sobre a previsão constitucional e pela reforma do Código de Processo Penal introduzida pela Lei nº 11.690/2008, no que se refere à prova ilícita, aborda-se a seguir, nesse tópico, o tratamento que o projeto do novo Código de Processo Penal, o Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal, reservou para o referido tema.

⁷⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **Princípio gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal, Projeto nº 156/2009 do Senado Federal**, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 44.

⁷⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **Princípio gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal, Projeto nº 156/2009 do Senado Federal**, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 35.

⁷⁹ FERNANDES. Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª Ed., São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2010, p.81.

O Projeto de Lei nº 156/2009, trouxe em seu artigo 164 e parágrafo único as disposições atinentes às provas ilícitas. Senão vejamos:

Art. 164. São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos.

Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.

Em primeiro lugar, destaca-se que o artigo 164 *caput*, não trouxe o conceito de prova ilícita, havendo apenas a sua vedação nos moldes do que está previsto no artigo 5º, Inciso LVI, da Constituição Federal. Evitou-se, dessa forma, a conceituação de prova ilícita como vem prevista no atual sistema (artigo 157 *caput* do Código de Processo Penal).

Verifica-se que a previsão contida no artigo 164, não se afastou da previsão constitucional, limitou-se, apenas a incluir referência expressa, no *caput*, à prova ilícita por derivação (provas obtidas, *direta ou indiretamente*, por meios ilícitos).

Tais omissões se deram segundo o ensinamento do Professor Antônio Magalhães Gomes Filho pelo motivo de que *dentre as disposições introduzidas no texto do Código atual a respeito dessa matéria pela Lei 11.690/2008 algumas eram dispensáveis e outras capazes de gerar confusões e equívocos.*⁸⁰

Os equívocos e as imprecisões legislativas que o autor acima se refere são as seguintes:

O *caput* do artigo 157 do atual CPP traz a seguinte definição legal para o que se deve entender por provas ilícitas: “*as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”. A referida conceituação propicia equívocos, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo.⁸¹

⁸⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **Princípio gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal, Projeto nº 156/2009 do Senado Federal**, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 40.

⁸¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **Princípio gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal, Projeto nº 156/2009 do Senado Federal**, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 40.

Conforme já sublinhamos no capítulo II do nosso trabalho, a doutrina e jurisprudência tem o entendimento que o descumprimento da lei processual leva à nulidade do ato de formação da prova e impõe a necessidade de sua renovação, nos termos do que determina o art. 573 caput do CPP.

Outro problema referente à reforma trazido pela lei nº 11.690/2008, diz respeito à prova derivada da ilícita, onde define a exceção chamada *fonte independente*, consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte americana, afastando-se da ideia original, que supõe que o dado probatório possua duas origens, uma ilícita e outra lícita, podendo subsistir como elemento de convicção válido, mesmo com a supressão da fonte ilegal.⁸²

Ademais, verifica-se que na parte final do §1º, do artigo 157 do atual Código de Processo Penal, é empregado o verbo na sua forma condicional, “*puderem ser obtidas*”, subentendendo-se que basta a simples possibilidade de que a prova viesse a ser colhida por meio lícito para afastar a sua contaminação pela ilegalidade inicial.

Outra crítica ferrenha que o professor Antônio Magalhães Gomes Filho faz é referente à conceituação de *fonte independente* estabelecida no § 2º do artigo 157 do atual Código, que segundo ele *subverte não só aquela ideia original, mas também coloca em risco a própria finalidade da vedação constitucional, que não é outra senão a de coibir atentados aos direitos individuais estabelecidos na Lei Maior. Verbis:*

Daí porque, ao dizer 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”, a disposição atualmente vigente abre as portas para que, sob esse fundamento, toda e qualquer prova derivada de outra ilícita possa vir a ser convalidada. Com efeito, pelo que se depreende do texto, nem mesmo seria necessário que a prova derivada tivesse sido efetivamente conseguida de forma regular, bastando que houvesse uma mera *possibilidade* disso. Trata-se, à evidência, de disposição que subverte o espírito da garantia constitucional do art. 5º, LVI.⁸³

⁸² GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **Princípio gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal, Projeto nº 156/2009 do Senado Federal**, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 40.

⁸³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **Princípio gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal, Projeto nº 156/2009 do Senado Federal**, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 41.

Diante disso, se justifica a proposital omissão do Projeto de Lei nº 156/2009 a respeito desse ponto controvertido, deixando por conta da jurisprudência e da doutrina o papel de darem os contornos da previsão constitucional. Aliás, como sempre foi feito antes da reforma do Código de Processo Penal em 2008.

De outro giro, o Projeto do Código de Processo Penal inova com relação ao tratamento que deve ser ofertado à prova declarada ilícita, pois no texto, ora vigente, estabelece que a prova inadmissível deve ser *inutilizada* por decisão judicial (§3º do artigo 157). De forma diversa, a proposta sugere que a prova declarada ilícita seja *arquivada sigilosamente em cartório* (artigo 164, §1º, do Projeto de Lei nº156/2009).

Tal previsão tem como finalidade a possível punição do agente que ao produzir a prova ilícita também possa ter cometido algum crime como tortura, violação de domicílio, interceptação telefônica ilegal etc.

Em comentários a reforma introduzida pela Lei nº 11.690/2008, Gomes Filho já fazia referencia de tal necessidade. Senão vejamos:

A impossibilidade de utilização da prova pelo juiz, no processo (*rectius*, em determinado processo) não implica a necessidade de destruição física da prova ou, mais precisamente, do documento que a contém. É perfeitamente viável que a prova declarada ilícita num determinado processo possa vir a ser utilizada validamente em outro. Pense-se, como exemplo, da situação em que os autores da violação de direito, da qual resultou a prova ilícita, venham a ser processados pelo crime correspondente (tortura, violação de domicilio, interceptação telefônica ilegal etc.).⁸⁴

Nota-se que o legislador no projeto do novo Código de Processo Penal foi mais cauteloso ao tratar o tema evitando as imprecisões contidas na reforma ocorrida no ano de 2008 conforme acima exposto e mais enérgico no que se refere à punição do agente que produziu a prova ilícita.

⁸⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas Lei 11.690, de 09.06.2008, **As reformas no processo penal, São Paulo**, RT, 2008, p. 270.

CONCLUSÃO

Em conclusão, é importante fazer um apanhado geral do tema abordado no presente trabalho, na medida em que diversos aspectos relativos à prova ilícita foram tangenciados no decorrer dos 03 (três) capítulos do nosso trabalho.

O direito à prova, apesar de não estar expresso na Constituição Federal, é derivado do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Sem o qual, não seria possível a devida prestação jurisdicional, nos moldes de um Estado Democrático de Direito.

Dentre os meios de prova, somente se admitem as provas lícitas, devendo ser inadmitidas as provas ilícitas, isto é, as que forem obtidas por mecanismos violadores de normas de direito material ou processual.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, é peremptória em afirmar que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícito. Destaca-se, que ela apenas vedou a utilização da prova ilícita, sem fazer qualquer distinção entre o processo civil ou penal, ou entre o processo judicial ou administrativo.

De outro giro, a Constituição não disciplinou exaustivamente quais provas são consideradas admissíveis, ou quais são as hipóteses de ilicitude na obtenção de provas. Há alguns dispositivos, inclusive dentro dos mesmos direitos e garantias fundamentais, que têm influência na matéria, em especial os incisos X- *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*; XI- *a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*; e XII- *é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*; do artigo 5º, mas não são suficientemente detalhados ao ponto de esclarecer ou auxiliar quanto à admissibilidade ou não das provas ilícitas.

Desse modo, verificou-se que ficou por conta da legislação infraconstitucional, dos tribunais e da doutrina, portanto, um papel importante na definição da extensão da admissibilidade ou inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

Acontece que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, nenhuma lei infraconstitucional foi editada para tratar da matéria, ou seja, ficou sob o crivo dos tribunais decidirem sobre a vedação ou utilização da prova ilícita no caso concreto de acordo com a interpretação do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição, conjuntamente com ajuda e reflexão dos doutrinadores sobre tema.

Após 20 (vinte) anos de vigência da Constituição Federal, veio a resposta legislativa com a edição da Lei nº 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do Código de Processo Penal, o qual veio disciplinar o tema prova ilícita, pois muitas questões relativas à matéria permaneciam sem a necessária resposta normativa, o que se fazia necessário por uma questão de segurança jurídica.

No que tange a referida reforma, não resta dúvida que foi um grande passo a caminho da consolidação do Estado Democrático de Direito desenhado pela nossa carta política. Entretanto, por causa de um tropeço, no que concerne a técnica legislativa, bem como o veto político do § 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal, as alterações introduzidas pela Lei nº 11.690/2008 perderam um pouco de seu brilho.

O ponto referente a equívocos e às imprecisões legislativas, diz respeito ao tratamento das provas derivadas das ilícitas consignada nos §§ 1º e 2º do artigo 157 do CPP. A posição adotada pelo §1º do artigo 157 do Código de Processo Penal foi no sentido da inadmissibilidade da prova derivada, com fundamento na teoria dos frutos da árvore envenenada da Suprema Corte americana, ou seja, toda prova derivada da ilícita, também, não terá validade, pois foi contaminada.

Ocorre que o próprio § 1º do referido artigo traz duas exceções que mitigam a teoria da árvore dos frutos envenenados: I- será admitida a prova derivada quando não ficar evidenciado o nexo de causalidade; II- será admitida a prova quando as derivadas **puderem ser obtidas** por uma fonte independente. O problema está na segunda exceção, pois o verbo ao ser utilizado na sua forma condicional, “*puderem ser obtidas*”, subentende-se que basta a

simples possibilidade de que a prova viesse a ser colhida por meio lícito para afastar a sua contaminação pela ilegalidade inicial, o que causa um certo desconforto e insegurança jurídica.

Outro problema verificado é que no parágrafo segundo do mesmo artigo o legislador faz confusão ao conceituar o que seria **fonte independente**, na medida em que se utiliza do conceito da **descoberta inevitável**. Nesse contexto, paira a dúvida em qual das duas hipóteses a prova poderá ser aproveitada? É de se comungar do entendimento de que a prova poderia ser utilizada apenas na primeira hipótese, sendo a segunda hipótese um grande erro legislativo.

No que diz respeito ao § 4º do artigo 157, trazia a seguinte redação: “*O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou o acordo.*” Tal parágrafo foi objeto de veto presidencial, o que, sem sombra de dúvidas, conforme já dito anteriormente, representou um retrocesso, uma vez que o juiz ao ter contato com a prova declarada inadmissível já formou o seu convencimento sobre a ocorrência do crime, isto é, já se contaminou pelo seu conteúdo.

Nota-se, que tal dispositivo proposto e vetado era de extrema importância, por evitar a contaminação do espírito do juiz, pelo conhecimento do conteúdo da prova ilícita.

No último capítulo, ao se analisar a prova ilícita no anteprojeto do Código de Processo Penal, Projeto de Lei nº 156/2009, constata-se que a previsão referente a prova ilícita contida no artigo 164, não se afastou da previsão constitucional, limitou-se apenas a incluir referência expressa, no *caput*, à prova ilícita por derivação (provas obtidas, *direta ou indiretamente*, por meios ilícitos).

Assim sendo, diante das imprecisões e equívocos oriundos da reforma introduzida pela Lei 11.609/2008, verifica-se que foi proposital a omissão do Projeto de Lei nº 156/2009, deixando por conta da jurisprudência e da doutrina o papel de darem os contornos da previsão constitucional. Aliás, como sempre foi feito antes da reforma do Código de Processo Penal, em 2008.

De outro giro, o Projeto do Código de Processo Penal inova com relação ao tratamento que dever ser ofertado à prova declarada ilícita, pois no texto, ora vigente, estabelece que a prova inadmissível deve ser *inutilizada* por decisão judicial (§3º do artigo 157). De forma diversa, a proposta sugere que a prova declarada ilícita seja *arquivada sigilosamente em cartório* (artigo 164, §1º, do Projeto de Lei nº156/2009).

Tal previsão tem como finalidade a possível punição do agente que ao produzir a prova ilícita também possa ter cometido algum crime como tortura, violação de domicílio, interceptação telefônica ilegal etc.

Por fim, é de se concluir que o legislador, no projeto do novo Código de Processo Penal, foi mais cauteloso ao tratar o tema evitando as imprecisões contidas na reforma ocorrida no ano de 2008, conforme acima exposto e mais enérgico no que se refere à punição do agente que produziu a prova ilícita, medida salutar para coibir a ação de maus agentes públicos que partem da premissa que “os fins justificam os meios”.

REFERÊNCIAS

AVOLIO. Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas e interceptações telefônicas e gravações clandestinas.** 2ª Ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

Brasil. Senado. **Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto.** Brasília: Senado Federal, 2009.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Novo Código de Processo Penal: aspectos referentes à teoria geral da prova.** IBCCRIM, 2011.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado.** 1ª Ed. Atualizada por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas-SP, Bookseller, 2000. 2v.

FEITOZA, Denilson, **Direito Processual Penal- teoria ,critica e práxis.** 5ª ed. Niterói, Impetus, 2008, p.135.

FERNANDES. Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 6ª Ed., São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2010.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. **Das Provas Ilícitas no Direito Brasileiro.** Revista da Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.

GIULIANI,1962, p. 657-8 *apud* GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal,** Projeto nº 156/2009 do Senado Federal, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **Princípio gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal,** Projeto nº 156/2009 do Senado Federal, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas Lei 11.690, de 09.06.2008, **As reformas no processo penal**, São Paulo, RT, 2008.

GOMES FILHO. Antônio Magalhaes. **Direito à Prova no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais , 1997.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **O projeto de lei do código de processo penal: a escolha de um novo horizonte?** In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n.209. Abr., 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 62.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 150.

GRINOVER. Ada Pelegrine. **Reforma Infraconstitucional Processo Penal**. Ministério da Justiça, Brasil 2009, p. 63.

ILLUMINATI, La presunzione... cit, apud GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal** . 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2012.

MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA apud LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal** . 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ªEd. São Paulo, Forense, 1965. 2v.

- MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. 1.
- MENDONÇA, Raquel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MIRABETE, Julio Fabrini, **Processo Penal**. 4ª Ed. São Paulo, Atlas, 1995.
- MOREIRA apud MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2001, p. 63.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 1ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 2ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.
- NUVELONE apud GRINOVER. Ada Pelegrine. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva 1976.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 35-36.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. **O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, jul. 2008.
- RANGEL, Paulo, **Direito Processual Penal**. 13ª Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997. 4v.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 434.

Tal posicionamento já vinha sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal, como expõe o Ministro Celso de Mello no Julgamento do **HC 93.050-6** (RT 878/471-89).

Thiago Andre Pierobom de Ávila apud LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal** . 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2012, p.599-600.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de Processo Penal**. 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 1978. 3v.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, V. I. 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

VOLKNER DE CASTILHO. Wiecko, **A incorporação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos pelo Direito Brasileiro**. Fascículos de Ciências Penais, 1993, 6 (6) : 3-12, apud GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.