



TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL: QUANDO A ILICITUDE DA PROVA É ÚTIL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado¹
Misael Neto Bispo da França²

RESUMO

A Constituição Federal brasileira veda a utilização de provas ilícitas e suas derivadas no processo penal. Enquanto dispositivo do Código de Processo Penal, com base na teoria da descoberta inevitável, permite a valoração de provas ilícita em determinados casos. Questiona-se, portanto, se a vedação pode ser relativizada quando confrontada com a presunção da inocência e direito à liberdade. Assim, o objetivo do trabalho é analisar se, de fato, e em que medida, esta teoria respeita direitos e garantias fundamentais. A metodologia empregada foi a revisão bibliográfica e a pesquisa documental (julgados do Supremo Tribunal Federal).

Palavras-chave: prova ilícita, teoria da descoberta inevitável, presunção de inocência, liberdade.

INEVITABLE DISCOVERY DOCTRINE: WHEN THE ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE IS USEFUL TO DUE PROCESS OF LAW.

ABSTRACT

The Brazilian Federal Constitution prohibits the use of illegally obtained evidence and its derivatives in criminal proceedings. However a provision of the Criminal Procedure Code, based on the inevitable discovery doctrine, allows the valuation of that evidence in certain cases. It is therefore questioned whether the prohibition can be softened when confronted with the presumption of innocence and the right to freedom. Thus, the objective is to analyze whether, in fact, and to what extent, this theory respects fundamental rights and guarantees. The methodology used was the bibliographical review and the documentary research.

Keywords: illegally obtained evidence, fruit of the poison tree, presumption of innocence, criminal proceedings.

1 Introdução

¹ Possui Graduação em Direito pela UFBA, Mestrado e Doutorado em Direito pela PUC-SP. É Professora de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFBA, UCSal, UNIJorge; integrante do Programa de Pós Graduação em Direito da UFBA.

² Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia - UFBA (2012) Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA (2009) Professor efetivo de Direito Processual Penal e Prática Jurídica Penal da UFBA.





A missão de produzir prova compete às partes (acusação e defesa), nos trâmites do contraditório garantido pelo juiz. É esta a principal expressão do sistema adversarial que, por vezes, confunde-se com o paradigma acusatório de processo penal. Entende-se como sistema acusatório aquele que mais se aproxima dos ideais da Constituição de 1988, não apenas diante da previsão do seu artigo 129, inciso I, como também em razão das suas características.

Vigente na Europa até o século XII, o referido sistema separa as funções de acusar e julgar, pondo a gestão da prova, exclusivamente, sob responsabilidade das partes, sendo o juiz um mero expectador que decidirá a causa sob o crivo do contraditório.

Os atos processuais no sistema acusatório são públicos, via de regra, de maneira que ao acusado é dado conhecer seus acusadores e as razões que fundamentam a imputação a ele formulada. Exsurge, pois, a noção de que o acusado é visto e tratado como sujeito de direito perante a potestade punitiva do Estado.

A duração razoável do processo orienta a devida celeridade da sua tramitação, de acordo com suas peculiaridades e sua complexidade.

Tem-se que caracteriza o sistema em apreço a relativização da verdade. Não se exige reprodução fidedigna da verdade real, mesmo porque se trata de algo inatingível, mas se admite uma verdade reconstruída a partir dos atores processuais, mais uma vez, sob contraditório judicial.

O ordenamento jurídico brasileiro, pautado neste paradigma, veda a utilização de provas ilícitas e suas derivadas no processo penal. Trata-se de óbice positivado no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988, com redação mais ampla no artigo 157 do Código de Processo Penal (CPP), a partir da publicação da Lei n. 11.690/08. E aqui desponta o juiz imparcial e equidistante dos polos do conflito causado pelo crime.

O juiz natural, um dos desdobramentos clássicos do devido processo (penal) legal, para além de prévio e independente, deve limitar-se pela imparcialidade, mais especificamente na seara das provas, onde lhe cabe, apenas, como dito, a função de promover o contraditório e impedir abusos das partes, sem mais.

Partindo de todas as premissas fixadas, no que se refere às provas ilícitas, não se espera outra atuação do julgador, senão a determinação de sua imediata retirada dos autos. A solução, a



um só tempo, parece óbvia e simplória, afinal tenta-se, com tal medida, garantir a imparcialidade do magistrado que manteve contato com a prova írrita.

Sucedem que a casuística tem permitido aos tribunais flexibilizar o rigor da lei, confrontando a referida vedação com outras garantias fundamentais, dentre as quais a presunção da inocência e o direito à liberdade. Verifica-se a ponderação de interesses em concreto, com inspiração em precedentes norte-americanos. Desponta aí a teoria da descoberta inevitável, inserta no §2º do artigo 157 do Estatuto de Ritos, a permitir a valoração de provas ilícitas quando, no curso regular da investigação, o fato puder ser obtido por outros meios de prova.

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo analisar se, de fato, e em que medida a teoria da descoberta inevitável é capaz de proteger os direitos e garantias fundamentais, como a liberdade e a presunção de inocência.

Para atingir tal desiderato, foi realizada pesquisa teórica, com base em revisão bibliográfica de livros e periódicos. Também foi realizada pesquisa documental a partir de levantamento e análise de julgado do Supremo Tribunal Federal.

Assim, a partir de pesquisa descritiva, foi realizado estudo do postulado da proporcionalidade, seu tratamento nos Estados Unidos e na Alemanha, bem como as influências de seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo quanto à temática em apreço. Em seguida, foi feita uma análise da teoria da descoberta inevitável adotada pelo Código de Processo Penal. Por fim, por meio de pesquisa exploratória, foi realizado um estudo de caso de um julgado do STF, com o objetivo de mensurar o grau de comprometimento da Corte com as garantias processuais penais.

2 Processo penal e direito à prova no Estado de Direito

O processo penal é o instrumento-garantia de esclarecimento de fatos que supostamente configuram um ilícito penal e da respectiva autoria; visa o esclarecimento do fato e da autoria para que se determine, então, a respeito do direito de punir do Estado, ou, ainda, da absolvição ou condenação de determinada pessoa. Em outros termos, uma das finalidades do processo penal é aproximar-se, em maior medida, da verdade dos fatos, que resta por se confundir com a verdade



meramente processual (contida nos autos), ante à falibilidade humana. Consoante as lições de Salah Khaled Junior (2013, p. 485),

[...] através do mito da busca da verdade correspondente e da infalibilidade do juiz, é possível legitimar discursivamente toda uma estrutura de poder jurídico e repressão que se encontra em franco descompasso com os objetivos constitucionalmente estipulados para a República Federativa do Brasil. Entretanto, apesar de todas essas constatações, o mito permanece povoando o imaginário jurídico e, sendo assim, há que se perguntar qual é o mecanismo de convencimento por ele utilizado para justificar a sua permanência.

Tendo em vista que o Estado sempre pode exercer o direito de punir e o direito de acusar, no contexto de um Estado de Direito, o processo é, principalmente, a forma escolhida para assegurar ao cidadão a oportunidade de defesa, de proteção do seu direito à liberdade, da sua dignidade. Não é sem razão que a máxima *in dubio pro reo* deve prevalecer.

Em um Estado Social e Democrático de Direito, a relação entre juiz e prova deve orientar-se pelos influxos constitucionais realizadores da dignidade da pessoa humana; durante a instrução probatória, o julgador deve zelar pelos direitos e garantias fundamentais dos envolvidos, buscando coibir eventuais abusos das partes nesta etapa da persecução penal, em atenção ao contraditório e todos os corolários do devido processo legal.

Neste sentido, pertinentes as palavras de Antonio Pedro Melchior (2016, p.139-140), para quem

O direito à prova, entendido como o direito de influir ativamente na instrução constitui um corolário lógico e fundamental da ampla defesa constitucional e, portanto, estrutura um dos pilares mais sólidos de um processo penal democrático. (...) Considerando a projeção da tradição inquisitiva no Processo Penal, a mera possibilidade de que seja exercido um juízo sem balizas, produz um particular perigo à tutela das liberdades, pois não é outro o lugar que o poder flerta constantemente com o arbítrio.

São no mesmo sentido as palavras de Elmir Duclerc (2004), que, parafraseando Geraldo Prado, entende que a dogmática da prova no processo penal está condicionada à observância dos princípios e normas do sistema acusatório, exigindo um processo de partes, a partir das relações entre os sujeitos processuais e sua responsabilidade na instrução probatória.





A tarefa assumiu contornos mais acentuados, sobretudo quando se considera a previsão da identidade física do juiz, positivada no artigo 399, parágrafo 2º, com a alteração advinda da Lei n. 11.719-08. Eis o que se espera de um verdadeiro juiz de garantias no processo penal.

Esta concepção enquadra-se dentre as propostas de Ferrajoli (2006) a respeito da limitação do Estado em face dos referidos direitos e garantias, com a consequente racionalização da sua potestade punitiva. Trata-se do Garantismo penal, cujos axiomas englobam a preocupação com a legitimação da atividade probatória no processo, associada ao contraditório, como promana das máximas *Nulla accusatio sine probatione e Nulla probatio sine defensione*.

Saliente-se que, em um processo penal inspirado no modelo garantista, não se admite que o julgador possa gerir a produção da prova, com a determinação de realização de diligências que, não raro, são efetivadas no sentido da condenação criminal, em clara inversão do *in dubio pro reo*.

No caminho da busca da verdade, ou ainda, para realização do direito de acusar e do direito à defesa, ganha relevo a produção de provas pelas partes. Essa garantia, porém, é seguida por uma limitação expressa, qual seja, em prol da tutela de direitos fundamentais (como liberdade, integridade física, por exemplo), são consideradas "inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (art. 5, LVI, CF/88).³

Temos então que, para garantia de direitos individuais, a Constituição Federal afasta a possibilidade de produção de determinadas provas; mas, concomitantemente, prevê para o asseguramento da liberdade e a afirmação da dignidade humana, os instrumentos da ampla defesa e da presunção de inocência.

Neste aspecto, fala-se no princípio da proporcionalidade, como vetor de orientação do julgador, atinente à produção e valoração das provas no contraditório judicial. Partindo de precedentes norte-americanos, a jurisprudência brasileira, com expressão no Supremo Tribunal Federal – STF, passou a admitir a teoria da descoberta inevitável para relativizar a vedação das provas ilícitas e suas derivadas no processo penal pátrio.

³ O artigo 157 do Código de Processo Penal – CPP, com redação dada pela Lei n. 11.690/2008, segue no mesmo sentido, ampliando a vedação para as provas ilícitas por derivação.



A questão a ser enfrentada, portanto, é saber em que medida a adoção da teoria da descoberta inevitável, consoante o entendimento do STF, à luz do princípio da proporcionalidade, garante a eficácia de uma persecução penal constitucionalizada, isto é, que busque efetivar os direitos e garantias fundamentais dos envolvidos na querela penal. Para tanto, faz-se necessário examinar os precedentes do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

3 O postulado/princípio da proporcionalidade como mecanismo de humanização da interpretação judicial

Sabe-se que um postulado é a geratriz dos princípios de determinado ordenamento jurídico, é dizer, a partir do postulado, nascem os diversos mandados de otimização que propõem soluções hermenêuticas no caso concreto (ALEXY, 2017). Contudo, neste trabalho, aderindo à convenção doutrinária, opta-se pela expressão “princípio da proporcionalidade”, para o desenvolvimento da análise das ponderações judiciais à vedação das provas ilícitas e suas derivadas no Brasil.

A doutrina é pacífica em considerar que os direitos fundamentais não são absolutos, revelando por vezes contradições entre si, ou melhor, que o exercício de um direito pode implicar a redução ou, até mesmo, anulação de um outro direito, e que por isso, faz-se necessário harmonizar essa relação, limitando em certa medida o exercício de um direito para que outro direito possa realizar-se (CANOTILHO, p. 1998). O limite de um direito fundamental, portanto, está em outros direitos fundamentais (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). É nesse contexto de conflituosidade entre direitos que se torna relevante o recurso ao princípio da proporcionalidade, o qual traduz em seu conteúdo a conotação de equilíbrio.

No que se refere ao conflito entre princípios, tem-se que a solução é obtida de maneira diferente daquela encontrada para o conflito entre regras, na medida em que, a partir da ponderação casuística, o intérprete procura privilegiar o interesse que, em menor medida, fira um direito fundamental; tal não implica a aniquilação do princípio colidente, que resta afastado do caso em estudo, podendo ser resgatado em outra oportunidade. (ALEXY, 2017)



O termo “proporcional” (*verhältnismässig*) ganhou relevo inicialmente no direito alemão, mais especificamente, no campo do direito administrativo, posteriormente, sua aplicação foi estendida não apenas ao âmbito do direito constitucional, a qual, por conseguinte, atingiu outras áreas do direito, como o processual penal, mas também passou a ser adotada por outros ordenamentos jurídicos.

Paulo Bonavides (1997, p. 357) ensina que “o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) pretende instituir, como acentua Gentz, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso”, em uma situação concreta. E adiante, citando Grabitz (*Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR, 1973/4 98, p. 569-570), afirma que a mais relevante função desse princípio é exercida “na esfera dos direitos fundamentais; aqui serve ele antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais.” (1997, p. 359)

Dessa forma, a proporcionalidade se coloca como base para a análise do problema enfrentado no presente trabalho, isto é, a garantia da vedação da prova ilícita pela Constituição de um lado e o direito à liberdade e a garantia da presunção de inocência de outro.

4 Precedentes da proporcionalidade - a experiência dos Estados Unidos e da Alemanha

Nos Estados Unidos da América, a partir da interpretação da IV Emenda à Constituição, a qual se refere à garantia de buscas e apreensões “desarrazoadas”, a teoria da “razoabilidade” ganhou força jurídica.

A exclusão da prova obtida em violação a determinadas garantias constitucionais em solo norte-americano, procurou o resguardo da dignidade e do livre desenvolvimento da personalidade humana, sob o aspecto do direito à privacidade, da integridade e do domicílio, dentre outros interesses. Sucede que alguns limites se interpuseram, como a não exclusão das provas obtidas ilicitamente por parte de particulares, a não extensão da regra do processo criminal ao civil e a teoria da mancha purgada (LIMA:2016)

O princípio da proporcionalidade ganha seus primeiros contornos na Alemanha nos fins do século XVIII, quando aplicado inicialmente no âmbito do direito administrativo. E,



principalmente após a Segunda Guerra Mundial, passa a ser utilizado também na esfera constitucional, o que se deve, em grande parte, ao papel do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) (GUERRA FILHO, 1997).

Segundo Suzana de Toledo Barros (1996), o princípio da proporcionalidade tem como base a própria essência dos direitos fundamentais, isto é, o caráter principiológico desses direitos – “o conflito entre princípios ocorrem na dimensão do peso, ocorrendo que, sob certas circunstâncias, um princípio precede ao outro, e, sob outras, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa, mas sempre tendo em vista a possibilidade de realização de ambos”.

Assim foi definido o princípio da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional alemão:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com o seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental”. Primeira decisão do tribunal constitucional alemão referente ao princípio da proporcionalidade, em 16.03.71. (BONAVIDES, 1997, p. 360-361)

Afirma-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade contém três elementos ou subprincípios, *adequação* (pertinência ou aptidão), ou seja, a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; *necessidade*, isto é, a exigência de que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que seja a menos nociva aos interesses do cidadão; e *proporcionalidade em sentido estrito*, a exigência de que, no caso específico, o meio utilizado esteja em razoável proporção com o fim perseguido. (ALEXY, 2017)

Seguindo o caminho construído pela doutrina e jurisprudência, o constituinte alemão consagrou no artigo 19, segunda parte, o princípio segundo o qual os direitos fundamentais jamais devem ser ofendidos em sua essência (*Wesensgehaltsgarantie*). Como expõe Willis Santiago Guerra Filho (1997), “a consagração do princípio da proporcionalidade pelo direito constitucional, pois ela implica a aceitação de ofensa a direito fundamental ‘até certo ponto’,



donde a necessidade de um princípio para estabelecer o limite que não se deve ultrapassar. (*BverfGE* 34, 238).”

Atualmente, o princípio da proporcionalidade é reconhecido como um princípio geral do direito, podendo citar Humberto Ávila (2006), Gilmar Ferreira Mendes (2000) e Nelson Nery Junior (2001), como adeptos desta concepção entre os juristas brasileiros.

5 Do princípio da proporcionalidade em solo brasileiro – bases para a compreensão de limites à vedação das provas ilícitas e suas derivadas

Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, a despeito de não haver previsão constitucional expressa, partindo-se de uma interpretação da Constituição enquanto unidade, é possível subsumir sua existência a partir de “outros princípios que lhes são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito.” (BONAVIDES, 1997, p. 395)

O próprio texto constitucional brasileiro traduz o princípio em forma de norma, ao prever, por exemplo, no artigo 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral de sua violação”. O que também se depreende da leitura desse mesmo artigo, nos seus incisos V e XXV.

O princípio da proporcionalidade integra o sistema jurídico brasileiro, uma vez que positivado em alguns diplomas infraconstitucionais, como a Lei n. 9.784/99, e previsto no próprio artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal brasileira, com o reconhecimento de direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime (Estado Democrático de Direito) e dos princípios por ela adotados, ou seja, da unidade da Constituição.

Suzana de Toledo Barros (1996, p. 87), apoiada em J. J. Canotilho e Karl Larenz, defende que “a existência do princípio da proporcionalidade no nosso sistema não depende, assim, de estar contido em uma formulação textual na Constituição. Desde que seja possível hauri-lo de outros princípios constitucionais, estará caracterizado e, de resto, sua aplicação será obra dos Tribunais”.



No que pertine à aplicação do princípio da proporcionalidade no processo penal pátrio, o Supremo Tribunal Federal tem diversos precedentes, cabendo mencionar, à ilustração, o voto do Ministro Nelson Jobim (HC 75338 / RJ), ao analisar um caso de escuta telefônica realizada pela vítima:

A Constituição não trata da privacidade como direito absoluto (art. 5, X, XI e XII).

Tratando da proporcionalidade das provas no processo penal em associação ao princípio do contraditório, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães G. Filho e Antônio Scarance Fernandes (2009, p. 115) prelecionam:

A garantia do contraditório não tem apenas como objetivo a defesa entendida em sentido negativo – como oposição ou resistência –, mas sim principalmente defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo. É essa visão que coloca ação, defesa e contraditório como direitos a que sejam desenvolvidas todas as atividades necessárias à tutela dos próprios interesses ao longo de todo o processo, manifestando-se em uma série de posições de vantagem que se titularizam quer no autor, quer no réu.

Há momentos em que o direito à privacidade se conflita com outros direitos, quer de terceiros, quer do Estado.

Digo, com JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ‘que as normas jurídicas ... constitucionais ... se articulam num sistema, cujo equilíbrio impõe que em certa medida se tolere detrimento aos direitos por ela conferidos. Os interesses e valores que as inspiram não raro entram em conflito uns com os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, proteção irrestrita. ... eles se limitam reciprocamente...’ (A Constituição e as provas ilícitamente adquiridas. Revista Fundação Escola do Superior do MPDFT, Brasília, jul./dez., 1995).

O Superior Tribunal de Justiça (RHC 7216/SP) também se pronunciou no mesmo sentido, quando o Ministro Edson Vidigal declarou seguir o entendimento supra, acrescentando que no caso de uma colisão de direitos fundamentais, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade, e, então, “ponderados os direitos em conflito, prevalece aquele mais valorado” (RT 755/582-583).





6 Considerações sobre a teoria da descoberta inevitável e sua conformidade com um processo penal constitucionalizado

A não admissão de provas ilícitas, assim consideradas aquelas que violam normas de direito constitucional ou material, tem sido uma constante nos ordenamentos que se espelham no ditames do Estado Democrático de Direito, onde se inclui o Brasil. Kai Ambos (2016, p. 176), tratando da (in)admissibilidade da tortura, como meio de prova nos crimes transfronteiriços, ilustra-o bem:

[...] a prova obtida por meio da tortura pode ser utilizada em processos penais? Em países regidos pelo estado de direito (...) e pelo julgamento justo (*fair trial*) a resposta é simples e clara: “não”, se a tortura tiver sido aplicada por autoridades nacionais e a prova obtida mediante a tortura tiver sido utilizada em um processo penal posterior. Para tal situação, que poderíamos chamar de “uso direto da prova obtida por meio da tortura”, as normas de procedimentos nacionais estabelecem claras proibições. Estas proibições nacionais estão baseadas no respeito aos direitos humanos, em especial ao art. 15 da Convenção contra Tortura da ONU.

Ao ressaltar, no artigo 157, parágrafo 2º do CPP, as provas relacionadas à fonte 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”, o legislador de 2008, com o advento da Lei n. 11.690 positivou a teoria da descoberta inevitável, também chamada de exceção da fonte hipotética independente (LIMA, p. 2016).

A estratégia consiste em se aproveitar no processo penal as provas que, malgrado ilícitas ou destas derivadas, seriam obtidas, autonomamente, no curso regular da persecução penal. Trata-se da efetivação da ponderação de interesses na esfera da vedação às provas ilegais.

A inspiração decorreu do caso *Nix v. Williams-Williams II*, em 1984, em que, valendo-se de uma declaração obtida ilegalmente do acusado, a polícia localizou o corpo da vítima de um homicídio. Em que pese a ilegalidade da prova, demonstrou-se que esta seria obtida, mesmo não havendo a referida declaração, haja vista que um grupo de voluntários já procurava pelo cadáver. A Suprema Corte americana, então, ponderando a teoria dos frutos da



árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), admitiu a declaração como prova hábil a condenar o acusado.

Nota-se que as origens da teoria revelam que a ponderação de interesses resultou em interpretação desfavorável à defesa, na medida em que flexibilizou a vedação das provas ilegais para embasar a condenação.

Para lastrear as considerações deste estudo, é mister analisar o entendimento que tem prevalecido no STF a respeito da teoria da descoberta inevitável, mais especificamente as suas implicações nas garantias fundamentais dos acusados. Procura-se indagar, a partir da verificação de julgado, se a adoção da mencionada teoria revela, no Brasil, ponderação mais consentânea com os influxos constitucionais, com destaque para a liberdade e dignidade da pessoa humana.

No HC 91.867/PA, sob a Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o STF teve oportunidade de considerar válida a obtenção de registros telefônicos de coinvestigado pela polícia, sem autorização judicial. Na ocasião, prevaleceu o entendimento de que o curso normal da investigação conduziria ao paciente, independente dos registros ilegalmente obtidos.⁴

Consabido que, a teor da Lei n. 9.296/96, a interceptação de dados telefônicos, telemáticos, etc. requer autorização judicial, delimitação do objeto e da duração da investigação,

⁴ “(...) Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial – violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida coo ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu §2º (...) Ordem denegada”. (STF, 2ª Turma, HC 91.867/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/04/2012, DJe 185 19/09/2012)



dentre outros requisitos, a fim de que não consiste em cerceamento arbitrário do direito à privacidade. Com efeito, malgrado os direitos fundamentais não sejam revestidos de caráter absoluto, os influxos do Estado de Direito proíbem limitações indevidas (infundadas e ilimitadas) aos mesmos, muito pela sua vinculação com a dignidade da pessoa humana, valor inato aos indivíduos que impede a sua instrumentalização em prol dos interesses do Estado.

Essa, porém, não parece ter sido a preocupação do STF ao ponderar os interesses no caso concreto, na medida em que buscou relativizar a vedação das provas ilícitas em prejuízo da defesa. Rememorando as pontificações de Alexy (2017), a técnica de sopesamento deve eleger o interesse que fira, em menor medida, um direito fundamental. Então, ao que parece, refletindo-se sobre o julgado em exame, se outros meios de obtenção de prova, inevitavelmente, conduziram à mesma constatação a que chegou a polícia, com muito mais razão, seria de se impedir a valoração de prova obtida por meios ilícitos.

Muito embora se constate o caráter punitivista do entendimento supra, que se coaduna aos interesses de uma sociedade, cada vez mais, ávida por “justiça” criminal, não é isto o que se espera do Poder Judiciário em um ordenamento jurídico capitaneado por uma Constituição que se autoproclama “cidadã”. Neste sentido, calha transcrever a percepção de Marília Muricy (2015, p.42-43), quando alerta para a permeabilidade do discurso jurídico ao senso comum:

Esse “senso comum teórico” constrói o seu repertório de “certezas” ao arripio da experiência vivida por parte dos destinatários da norma; propõe a homogeneidade, onde o mundo da vida acena para a diversidade. Argumentando com a coerência do sistema, afirma a uniformidade e a igualdade onde o homem comum enxerga a pluralidade e a desigualdade. Argui a justiça da decisão quando, no mundo da vida, vivencia-se a injustiça.⁵

Também salutar é a crítica de Vinícius Vasconcelos (2015, p. 178), que, tratando da justiça negocial no processo penal brasileiro, inspirado no estadunidense, considera:

⁵ Em sentido similar, Alexandre Morais da Rosa e Salah Khaled Jr. (2014, p. 119): “(...) o moedor de carne tritura a todos até formar uma massa de carne uniforme e indistinta. Tritura inclusive os próprios professores dos cursos de direito, que sem formação pedagógica e pressionados pelas instituições em que trabalham, raramente tem a chance de propor algo para além do já pensado. Os mais qualificados são inclusive rotineiramente dispensados para promover a desejada maximização dos lucros.”



[...] em um sistema permeado pelo mecanismo da barganha, impossibilita-se qualquer controle acerca da licitude das provas, já que a deliberação do acusador público sobre a pertinência e o conteúdo da proposta foge de limitações jurisdicionais, o que possibilita a consideração de qualquer elemento para a formação da decisão, inclusive provas ilícitas ou preferências pautadas por preconceitos, por exemplo.

A doutrina brasileira divide-se entre aqueles que defendem a constitucionalidade da teoria da descoberta inevitável e os que enxergam inconstitucionalidade evidente no instituto. Denilson Feitoza (2010), por exemplo, entende pela admissão da teoria à luz do caso concreto, permitindo sua aplicação no processo penal para beneficiar o acusado, e vedando-a quando restar prejudicial à sua defesa. Vê-se que o referido autor procura sopesar os interesses em conflito casuisticamente, inadmitindo a utilização da teoria *pro societate*, na tentativa de salvar o §2º, do artigo 157 do CPP.

Luís Alberto Thompson Flores Lenz (1987, p. 281) entende que a prova proibida

é facilmente afastada quando se emprega a tortura física, que, de imediato, repugna o julgador, pois, além de contrariar o direito, afronta, antes, a moral e a dignidade humana. Porém, em relação ao uso de gravadores, máquinas fotográficas e transmissores de som, entende que não merece restrição absoluta, pois estão tão difundidos e se “seu emprego se fizer “sem dolo, mas de forma natural e em resguardo de um direito, seu resultado poderá ser aproveitado pelo julgador. Inadmissíveis são o dolo, a malícia, a torpeza na captação da prova.

Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (1998), acompanhando posicionamento de Noberto Bobbio (*Teoria do Ordenamento Jurídico*), entende que a garantia da ampla defesa afasta a vedação da prova ilícita, não apenas porque a norma permissiva (*lex favorabilis*) deve prevalecer sobre a proibitiva (*lex odiosa*), mas, principalmente, porque o interesse jurídico mais valioso deve preponderar. E diante do fato de o direito à liberdade e à ampla defesa parece mais valioso do que o direito à privacidade, manifesta-se, portanto, favoravelmente ao poder do réu produzir prova considerada ilícita.

Saliente-se que as Mesas de Processo Penal da Universidade de São Paulo-USP, à luz da proporcionalidade, já admitiam em seu enunciado n. 50, a valoração de provas ilícitas, quando em benefício do acusado.



O Desembargador Dante Busana, no julgamento da Correição Parcial n. 126.826-3, seguindo a orientação da doutrina brasileira de que no processo penal é possível a utilização da prova ilícita favorável ao acusado, aduz que “O direito à intimidade, como de resto as demais liberdades públicas, não tem caráter absoluto e pode ceder quando em confronto com direitos fundamentais, como por exemplo, a ampla defesa. É o chamado ‘critério da proporcionalidade’ consagrado pelos tribunais alemães.”

E conclui que por esse critério “predomina, na hipótese, a garantia da ampla defesa sobre o direito à intimidade, havendo justa causa para a quebra da reserva sobre o conteúdo da comunicação”. E assim, “embora sustentável que a gravação clandestina de conversa telefônica pelo destinatário constitui prova obtida por meio ilícito, porque em violação ao direito à intimidade do comunicador, a ilicitude não prevalece e a gravação pode ser admitida como prova, no processo penal, quando feita pelo réu e apresentada para sua defesa.” (RJTJESP, *LEX* 138, p. 528).

Por seu turno, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Magalhães Gomes Filho (2009), expoentes das sobreditas Mesas, denunciam a inconstitucionalidade da teoria em tela, alegando que não se pode flexibilizar uma vedação constitucional com esteio em meras conjecturas, hipóteses de que outros meios (que não precisariam, efetivamente, ser concretizados), levariam ao mesmo fato a que levou a prova ilícita. Noutros termos, a amplitude da permissiva restaria por implicar valorações da prova ilegal em prejuízo do réu, como evidenciado no julgado em questão.

7 Considerações finais

O Estado Social e Democrático de Direito admite e legitima o conflito de interesses simultaneamente garantidos. Cuida-se da concepção substancial de democracia, tal como proposta pelo Garantismo Penal. No que se refere ao princípio da vedação de provas ilícitas e suas derivadas no processo penal brasileiro, nota-se que, por vezes, confronta com o princípio da presunção de inocência e com a própria noção de liberdade como regra no ordenamento jurídico de um Estado com aquele perfil.

Neste diapasão, cabe ao intérprete o sopesamento dos referidos interesses, à luz do caso concreto e dos influxos constitucionais, a fim de que o meio eleito fira, no menor grau





possível, um direito fundamental. Daí a constatação de que a teoria da descoberta inevitável, assim como outras estratégias de hermenêutica inspiradas no direito norte-americano, pode servir de fundamento à aludida ponderação, notadamente quando em favor da liberdade de alguém.

Sucedendo que se faz necessário cautela do intérprete, quando da aplicação da teoria em exame, a fim de que não contrarie o seu real sentido em um processo que se submeta à carga valorativa da Constituição, aniquilando direitos fundamentais em favor da eficácia punitivista.

Necessário considerar o contexto de clamor social por justiça, diante dos supostos avanços da criminalidade na sociedade contemporânea. Vive-se em tempos de medo e de incertezas, em que a pena restritiva da liberdade assume uma simbologia que desperta a crença segundo a qual solucionará todos os problemas decorrentes do delito.

Compete ao Poder Judiciário brasileiro, como zelador da lei, e ao STF, como guardião da Constituição, manter-se distante do senso comum que elege a pena como panaceia social, sem se afastar dos reclames da sociedade. Não cabe aos tribunais pátrios seduzirem-se pelo discurso punitivista que reproduz as mazelas do sistema penal do país, sobretudo a sua seletividade explícita. São fatores que, se não bem aquilatados pelo julgador, transpõem-se para o processo e para a execução penal, afastando-se das balizas do Estado efetivamente Social e Democrático de Direito.

Compulsando-se o julgado que ilustra o presente estudo, observa-se que o STF, em certa medida, desvirtuou a finalidade da ponderação de interesses no processo constitucionalizado (proteger direitos fundamentais), haja vista que admitiu prova ilícita com base em ilações (cerne da teoria da descoberta inevitável), prejudicando a ampla defesa de corréu.

Se, por um lado, a prova ilícita beneficiou um dos envolvidos, por outro permitiu a responsabilização criminal de outrem, revelando a acentuada elasticidade da teoria da descoberta inevitável, o que corresponde com o entendimento de parte da doutrina brasileira, ao denunciar a sua inconstitucionalidade.

Com efeito, a descoberta inevitável deve exigir comprovação fundada de que outros meios conduziram à mesma constatação da prova ilegal. Ademais, havendo concurso de agentes, em que um deles busque provar sua inocência por meio de prova desta espécie, é dever



do julgador redobrar a cautela, redistribuindo a causa ao seu substituto legal, após determinar o desentranhamento das peças indevidamente anexadas.

Neste lançamento, tem-se que a descontaminação do julgado, que consistia exatamente na mencionada substituição, evitando que o juiz da causa fosse contaminado com a ilicitude da prova desentranhada, ofereceria resposta eficaz ao problema aqui colocado, não fosse o veto presidencial ao parágrafo 4º do artigo 157 do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.690/2008.

Não é isso, contudo, que impede a concretização da proposta aqui lançada, notadamente porque o processo penal revela-se como um conjunto de normas jurídicas (aí incluídos os princípios), que norteiam a persecução penal e suas agências, tendo por limites os direitos e garantias fundamentais dos envolvidos.

Não se espera que, com isso, o processo penal confunda-se com o processo da impunidade, mas não se pode olvidar de que é ele ramo de um ordenamento jurídico que deve obediência e lealdade à Constituição, não permitindo, portanto, flexibilizações arbitrárias aos interesses individuais albergados no seu texto.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2017.

AMBOS, Kai. *Ensaio de direito penal e processual penal*. Madri: Marcial Pons, 2016.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed.. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, HC 75338 / RJ, Rel. Min. Nelson Jobim. J. 11.03.1998. DJ 25-09-1998 PP-00011, EMENT VOL-01924-01 PP-00069.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, HC 91.867/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/04/2012, DJe 185 19/09/2012. DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina: 1998.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. Princípios constitucionais do processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 1998.



FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7 ed. Niterói: Impetus, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. (trad. Fauzi Hassan Choukr et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRIONOVER, Ada Pellegrini et alli. *As nulidades no processo penal*. 7 ed. São Paulo: RT, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Coord. Willis Santiago Guerra Filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal – para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. Os meios moralmente legítimos de prova. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: n. 621, 1987, p. 279-282.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. Salvador: Jus podivm, 2016

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB de Jurisprudência*, 2 quinzena de julho de 2000, n. 14/2000, caderno 1, p. 372-361.

MURICY, Marília. *Senso comum e direito*. São Paulo: Atlas, 2015

NERY JUNIOR, Nelson. Proibição da prova ilícita. Novas tendências do direito. In: *Justiça Penal*. Críticas e Sugestões. Provas ilícitas e reforma pontual. Coordenador Jaques de Camargo Penteadó. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 4, p. 13-31.

PRADO, Geraldo et. ali. (org.). *Processo penal e garantias*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

RAMALHO JUNIOR, Elmir Duclerc. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROSA, Alexandre Moraes da et. ali. In dubio pro hell: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial – análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.