

A Inadmissibilidade, no Processo Penal, das Provas Obtidas por Meios Ilícitos: Uma Garantia Absoluta?

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA

Promotor de Justiça no Rio de Janeiro, Professor de Direito Processual Penal EMERJ e na FEMPERJ.

1. As provas obtidas por meios ilícitos e o princípio da proporcionalidade.

Na moderna ciência processual, sobretudo no âmbito do Processo Penal, vem ganhando vulto a problemática acerca da admissão, ou não, das provas obtidas com violação de uma norma jurídica, aqui abrangidas as chamadas *provas ilegítimas* (produzidas com violação de norma jurídica de direito processual) e as denominadas *provas ilícitas* (obtidas com infringência de norma de caráter material)¹. Com efeito, muito já se discutiu o tema, formando-se a respeito duas teses radicais: A primeira, com sustentáculo nos princípios do livre convencimento do Juiz e da busca da “verdade real”², sustenta que deve prevalecer, em

¹ A distinção doutrinária entre *provas ilícitas* e *provas ilegítimas*, feita primeiramente por PIETRO NUVOLONE, é de tradicional acolhida como bem observa ADA PELLEGRINI GRINOVER: “Mas já é preciso estabelecer outra distinção: a prova pode ser ilegal, por infringir à norma, quer de caráter material, quer de caráter processual. Quando a prova é feita em violação a uma norma de caráter material, essa prova é denominada por Nuvolone de *prova ilícita*. Quando a prova, pelo contrário, é produzida com infringência a uma norma de caráter processual, usa ele o termo ‘prova ilegítima’” (Provas ilícitas, in **O processo em sua unidade II**, p. 171, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984). A pena ilustre de SERGIO DEMORO HAMILTON, porém, ressalta com precisão que a distinção vale “tão-somente para fins didáticos, pois, nos dois casos, haveria manifesta ilegalidade” (As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito, in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 11, p. 253, jan./jun. 2000).

² Para maiores referências, vide a exposição (mas não a adoção) desta primeira tese em LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, **Provas ilícitas – Interceptações telefônicas e gravações clandestinas**, p. 45, 2ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

qualquer caso, o interesse da Justiça no descobrimento da verdade. Assim, a ilicitude da obtenção não subtrai à prova o valor que possa como elemento útil à formação do convencimento do Juiz; a prova colhida ilicitamente será admissível, sem prejuízo da punição a que se sujeitará o infrator da norma legal³. É a teoria que se convencionou denominar *male captum, bene retentum*, vale dizer, mal colhido porém bem conservado⁴. A segunda tese sustenta que o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegalmente obtida⁵.

A influência doutrinária, sobretudo da última tese supramencionada, refletiu no plano legal, e os ordenamentos jurídicos vêm regulamentando a matéria com idêntica finalidade: não admitir no processo as provas obtidas com infração de uma norma jurídica. Porém cada qual o fez à sua maneira: seja lançando proibição genérica⁶, seja

³ A exposição, no texto, segue quase textualmente os ensinamentos de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas", in, **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, p. 109, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

⁴ Como assinala ADA PELLEGRINI GRINOVER "essa teoria foi muito bem condensada por Franco Cordero, processualista penal de Roma, que utiliza expressão bastante significativa para tal prova: *male captum, bene retentum*, o que foi mal colhido (no momento material) foi bem conservado (no momento processual). Também se filiam a essa corrente autores como Carnelutti, na Itália, e Rosenberg, na Alemanha" ("Provas ilícitas", in **O processo em sua unidade II**, p. 173, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984).

⁵ Ainda quase textualmente, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas", in, **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, p. 109, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

⁶ Com disposições um tanto ou quanto genéricas tem-se, v. g., o Código de Procedimiento Penal da Colômbia, que em seu artículo 235 estabelece: "Rechazo de las pruebas. Se inadmitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal. El funcionario judicial rechazará mediante providencia interlocutoria la práctica de las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas". De certo modo é o que também faz o Codice di Procedura Penale italiano em seu art. 191,1: "Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate", embora às vezes explicitamente métodos vedados, como o faz, e. g., no art. 188: "(Libertà morale della persona nell'assunzione della prova). Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti".

oferecendo um rol exemplificativo de meios proibidos de prova⁷. Para tanto, ainda influenciou decisivamente a construção, pela Suprema Corte norte-americana, das chamadas *exclusionary rules* (regras que excluem a admissão de certas provas em processo judicial), cuja matriz essencial é a IV Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que confere proteção contra buscas e apreensões arbitrárias (*unreasonable searches and seizures*)⁸. O constituinte brasileiro de 1988 também tomou partido no assunto, fazendo inserir no Título II da Carta Magna, no Capítulo destinado aos *direitos e deveres individuais e coletivos*, a regra do art. 5º, LVI: “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Decerto influenciado pela circunstância histórica condizente com o recente término do regime militar, quando eram freqüentes e graves as violações de direitos fundamentais, optou pela radicalidade, estabelecendo a proibição em termos categóricos e aparentemente absolutos⁹.

Deve-se recordar, porém, que para a saúde em geral, inclusive a do ordenamento jurídico, em nada contribuem os “radicais livres”. Assim, tem surgido uma solução mais flexível na interpretação do referido dispositivo constitucional, que repele o emprego de fórmulas apriorísticas, deixando ao aplicador da lei a avaliação da situação em seus diversos aspectos: “a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias”¹⁰. Realiza-se uma operação de

⁷ Assim, v. g., o Código de Processo Penal português que, após estabelecer serem “admissíveis as provas que não forem proibidas por lei” (art. 125), elenca em seguida em seu art. 126 um rol de “métodos proibidos de prova”: “1. são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2. São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) promessa de vantagem legalmente inadmissível. 3. Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular”.

⁸ Neste sentido, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “O processo penal norte-americano e sua influência”, in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 12, p. 92, jul./dez. 2000.

⁹ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, in **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, págs. 121/122, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

¹⁰ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*, in **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, págs. 109, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

ponderação dos interesses conflitantes¹¹ que surgem do caso em análise, decidindo o julgador qual deve ser sacrificado e em que medida. A tarefa interpretativa, aliás, em qualquer ramo do ordenamento jurídico, consiste justamente em buscar solucionar os conflitos surgidos da contraposição de valores eleitos por diferentes normas jurídicas¹². Alude-se, assim, ao *princípio da proporcionalidade*, como se faz na Alemanha (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), ou ao *princípio da razoabilidade* segundo concepção norte-americana (*reasonableness*).

Nesta quadra, peço ao leitor que me perdoe por afirmação tão óbvia que já se vai tornando um lugar-comum: os direitos e garantias fundamentais previstos em sede constitucional não são absolutos¹³.

¹¹ Salienta DANIEL SARMENTO que “o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela” (**A ponderação de interesses na Constituição Federal**, p. 89, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002).

¹² PEDRO J. BERTOLINO deixou assentado: “En cada caso concreto de interpretación que se da en el proceso penal, el intérprete se topa, dinamicamente, con intereses, fines y valores que confluyen en diversas relaciones tales como de concordancia, oposición, contradicción, tensión, etc. Ahora bien, interpretar lleva entonces a *elegir o preferir* entre aquellos, en cada caso ocurrente, recordando con Perelman que ‘una de las principales tareas de la interpretación jurídica es la de encontrar soluciones a los conflictos entre las reglas, jerarquizando para ello los valores que esas reglas deben proteger’” (**El funcionamiento del derecho procesal penal – Interpretación. Determinación. Integración. Aplicación**, p. 146, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985).

¹³ Mesmo antes da Constituição da República de 1988, já era o que afirmava, dentre outros, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Prova. Gravações de conversas telefônicas interceptadas”, in **Direito Aplicado – Acórdãos e votos**, p. 170, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1987, e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, **Comentários à Constituição brasileira**, p. 634, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1984. Após a Carta Magna de 1988, vide, no mesmo sentido, dentre inúmeros, SÉRGIO DEMORO HAMILTON, “As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito”, in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 11, p. 259, jan./jun. 2000; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, **O futuro do processo civil brasileiro**, in **Fundamentos do processo civil moderno**, V. II, p. 758, 3ª edição, Malheiros Editores, 2000; ADA PELLEGRINI GRINOVER, “As provas ilícitas na Constituição”, in **O processo em evolução**, p. 45, 2ª edição, Editora Forense Universitária, 1998 e WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**, p. 17, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001. No mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição” (STF, Tribunal Pleno, MS 23452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 12.05.2000, p. 20).

Logicamente, também a garantia atinente à inadmissibilidade das provas adquiridas ilicitamente assume caráter relativo¹⁴. Com efeito, outros valores há estampados na Carta Constitucional que se colocam em idêntico patamar ao da garantia insculpida no inciso LVI do art. 5º da Constituição. Pense-se, por exemplo, na proteção constitucional do *direito de ação* (art. 5º, XXXV), que comporta o direito de provar em juízo os fatos em que se baseia a acusação; ou mesmo no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao terrorismo, e aos chamados crimes hediondos, que também representa um valor constitucional consoante se extrai do art. 5º, XLIII, da Carta Magna¹⁵; diante da colisão entre tais valores e o que estabelece a vedação da admissão das provas ilícitas, deve-se tentar encontrar um *justo equilíbrio para que qualquer deles não se torne abusivo*¹⁶.

Quanto à viabilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito da vedação da ilicitude probatória, a doutrina está longe de alcançar consenso. Mesmo cultores do referido princípio chegam a proscrever, de maneira radical, ante a literalidade do disposto no art. 5º, LVI, da Constituição da República, a admissão das provas obtidas por meios ilícitos em processo judicial, chegando mesmo a não admitir, nesta hipótese, sua aplicação¹⁷. Outros, ainda

¹⁴ Por todos, vide JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas", in **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, p. 113, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

¹⁵ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ob. cit. na nota anterior, p. 123.

¹⁶ Perfeitas, neste sentido, as advertências lançadas por ANTONIO GONZÁLEZ-CUÉLLAR, JOSÉ J. HERNÁNDEZ GUIJARRO, JOSÉ MARIA PAZ RUBIO, LUIS RODRIGUES RAMOS E JOSÉ TOMÉ PAULE: "Naturalmente que se trata, una vez más, de encontrar el más justo equilibrio para que el derecho no se convierta en abuso o fraude de Ley, sobretudo porque se ha dicho muchas veces que el abuso no es uso sino corruptela (*Abusus non est usus, sed corruptela*). Por eso es también cierto que el derecho, todo derecho, puede tener sus excepciones para supuestos igualmente excepcionales. En consecuencia, los principios constitucionales han de ser respetados obligatoriamente, pero en casos especiales, muy especiales, el mantenerlos hasta sus últimas consecuencias puede suponer llegar a situaciones imposibles y, a la vez, a la impunidad penal más absoluta en detrimento de supremos intereses, si aquéllos se interpretan arbitraria e ilógicamente" (**Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado**, p. 179, Editorial Colex, Madrid, 2001).

¹⁷ Assim, LUÍS ROBERTO BARROSO, "A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e provas ilícitas", in **Temas de Direito Constitucional**, p. 217/222, 2ª edição, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2002. O mesmo autor, em valiosa obra sobre hermenêutica constitucional, chega a asseverar, em aparente contradição, que "o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido a seu conhecimento" (**Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 228, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999).

que com alguma parcimônia, se mostram favoráveis à aplicação do princípio da proporcionalidade, abrandando a vedação da admissão da ilicitude probatória, mas tão-somente quando o material colhido em contrariedade ao ordenamento jurídico favoreça o acusado¹⁸. Mas e a situação de a prova obtida por meio ilícito vir a ser utilizada pelo Ministério Público em benefício dos interesses da acusação? Seria cabível, nesta hipótese, invocar-se o princípio da proporcionalidade a fim de se aceitar a prova ilícita *pro societate*? Raros os ordenamentos jurídicos que se ocuparam expressamente da questão¹⁹, porém parcela significativa da doutrina vem entendendo possível a aplicação do mencionado princípio neste caso²⁰, o que, aos poucos, já vai refletindo na jurisprudência dos tribunais²¹.

¹⁸ V. g., ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCA FERNANDES E ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, **As nulidades no Processo Penal**, p. 134/135, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998; LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, **O processo penal em face da Constituição**, p. 49, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998; LUIZ FLÁVIO GOMES e RAÚL CERVINI, **Interceptação telefônica**, p. 147, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997; DANIEL SARMENTO, ob. cit., p. 180.

¹⁹ Assim o fez o Código de Procedimiento Penal da Bolívia, em seu artículo 71º, dispondo: “*Illegalidad de la prueba. Los fiscales no podrán utilizar en contra del imputado pruebas obtenidas en violación a la Constitución Política del Estado, Convenciones y Tratados internacionales vigentes y las leyes*”.

²⁰ SERGIO DEMORO HAMILTON, “As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito”, in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 11, p. 259/260, jan./jun. 2000; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, in **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, p. 112/113, Editora Saraiva, São Paulo, 1997; ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA, **Da prova no processo penal**, p. 64/65, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999; MARCELLUS POLASTRI LIMA, **A prova penal**, p. 68/70, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002; PAULO ROBERTO DA SILVA PASSOS e THALES CEZAR DE OLIVEIRA, **Princípios constitucionais no inquérito e no processo penal**, p. 112, Themis Livraria e Editora, São Paulo, 2001; MARIA CECÍLIA PONTES CARNAÚBA, **Prova ilícita**, p. 100, Editora Saraiva, São Paulo, 2000. Ao que parece, é a opinião de MARIA CUNHA SILVA ARAUJO DE CARVALHO, “Prova ilícita”, in **Revista dos Tribunais**, v. 801, p. 443, julho de 2002, e de CÉSAR DARIO MARIANO DA SILVA, **Provas ilícitas**, p. 34/35, 2ª edição, Leud, São Paulo, 2002.

²¹ Confira-se ementa de acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça: “Constitucional e Processual Penal. Habeas corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que ‘são inadmissíveis... as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz através da ‘atualização constitucional’ (*verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da ‘razoabilidade’ (*reasonableness*). O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ (*exclusionary rule*) também lá pede temperamentos” (STJ, 6ª Turma, HC 3982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 26.02.1996, pág. 4084). Também o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro fez referência expressa à utilização do princípio da proporcionalidade em um de seus acórdãos: “(...) Certo, outrossim, que ante a natureza do crime de extorsão mediante seqüestro – crime formal e complexo – se justificava pelo princípio da razoabilidade a escuta telefônica e gravações levadas a efeito como preleciona o ilustre GOMES FILHO em sua obra *Direito à Prova no Processo Penal*, Edição 1997” (TJ-RJ, Apelação nº 3.148/2000, Rel. Des. José Carlos Murta Ribeiro, **Revista de Direito do TJ-RJ** nº 51, abril/junho de 2002, p. 359/368).

Em se admitindo a aplicação do princípio da proporcionalidade de modo a abrandar a vedação probatória favoravelmente à defesa, o que nos parece correto, outro valor constitucional, o da igualdade das partes, ficaria injustamente postergado caso não se estendesse o mesmo entendimento à acusação²². Esta, aliás, por estranho que pareça, muitas vezes se vê em posição de inferioridade. Qualquer um que trafegue há algum tempo no foro criminal, sobretudo na condição de acusador ou juiz, sabe o quão extremamente penosa é a tarefa de obter meios de prova em relação a fatos praticados por organizações criminosas²³. Negar aplicação ao princípio da proporcionalidade poderia equivaler, em casos de extrema gravidade, a “deixar o ser humano, ou a própria sociedade, inteiramente desprotegidos frente ao ato ilícito, em casos para os quais será impossível obter a prova por meios ortodoxos”²⁴. Destarte, conquanto também sujeito, é claro, a restrições, o direito à prova, por parte da acusação, não deve ser sistematicamente sacrificado todas as vezes em que o respectivo exercício porventura entre em conflito com o interesse do réu em não ver utilizados, contra si, elementos probatórios obtidos ilicitamente²⁵. Convém, todavia, explicitar: o posicionamento favorável à aplicação do princípio da

²² Neste sentido, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas", in **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, p. 112, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

²³ Preciso o saudoso LUIZ CARLOS CÁFFARO quanto à dificuldade de produção de prova nos casos de crimes praticados por organizações criminosas: “Tal modelo de criminalidade, estruturado em sólidas bases empresariais – o que pressupõe organicidade e permanência – implica no reconhecimento de uma bem urdida pirâmide funcional, do alto da qual os ‘executivos do crime’ comandam as ações de seus asseclas menores e onde a prévia divisão de atividades, em que cada agente desempenha o seu papel, dificulta sobremaneira o trabalho da Justiça que, dificilmente consegue atingir e punir os responsáveis diretos pelo crime, com claros reflexos no crescimento da impunidade. Essa privilegiada classe de criminosos logra obter, em face de sua maior capacidade delitativa, superlativa proteção contra a produção de provas de sua culpa. Sob tal aspecto, note-se que a obtenção de prova da ‘gerência’ desse tipo de ‘negócio’ é dolorosa e isto porque os asseclas inferiores, na maioria das vezes, assumem a culpa e se calam em relação aos seus ‘protetores’, cientes da penalidade imposta àqueles que ‘falam demais’: **a pena capital!**” (“O Ministério Público e o crime organizado”, in Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 1, p. 108/109, jan./jun. 1995).

²⁴ EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, "Prova ilegalmente obtida", in **Revista da Associação dos Magistrados do Paraná**, nº 31, p. 28, jan./março de 1983.

²⁵ Em sentido aproximado ao do texto, vide JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Gravações de conversas telefônicas interceptadas", in **Direito Aplicado - Acórdãos e votos**, p. 171, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1987.

proporcionalidade, em favor da acusação, somente deve ser admitido em situações de gravidade excepcional ou de relevância social, vale dizer, quando seja a única forma de colocar em igual nível os pratos da balança que representa a Justiça²⁶.

Certamente se lançará a objeção de que da aplicação do princípio da proporcionalidade pode emergir inevitável arbítrio judicial, pois se coloca nas mãos do Juiz o poder de realizar a ponderação, elegendo qual valor deve preponderar na hipótese submetida à sua apreciação. “Mas cumpre não perder de vista quão freqüentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com o emprego de conceitos jurídicos indeterminados”²⁷ (por exemplo, o de *ordem pública*, para o efeito de decretação de prisão preventiva). Impossível, portanto, eliminar de todo a subjetividade judicial. Assinale-se ainda que cumprirá ao Juiz que proferir a decisão acolhendo a aplicação da teoria da proporcionalidade, motivá-la cuidadosamente²⁸. Tal decisão estará ainda sujeita ao controle da instância recursal, “criando-se a partir daí uma jurisprudência que servirá de critério indicador para casos futuros”²⁹.

Voltando rapidamente ao plano jurisprudencial, assevere-se que, mesmo diante destes argumentos, o Supremo Tribunal Federal não se vem mostrando sensível à aplicação do princípio da proporcionalidade com relação à garantia prevista no art. 5º, LVI, da Constituição da República³⁰. Ressoa óbvio que a aplicação intransigente do referido pre-

²⁶ Assim, LEONARDO GRECO, "A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil", artigo inédito, ainda não publicado. No mesmo sentido, ROBERTO PRADO DE VASCONCELLOS, "Provas ilícitas (enfoque constitucional)", in **Revista dos Tribunais** v. 791, p. 475 e segs., setembro de 2001.

²⁷ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas", in **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, p. 110, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

²⁸ SERGIO DEMORO HAMILTON, "As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito", in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 11, p. 259, jan./jun. 2000.

²⁹ SERGIO DEMORO HAMILTON, ob. cit., p. 260.

³⁰ Já assentou o Supremo Tribunal Federal: "(...) Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação" (STF, 1ª Turma, HC 80949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 14/12/2001, p. 26).

ceito pode levar a injustiças gritantes, sobretudo diante da nefasta criminalidade organizada e que, por vezes, atua a nível transnacional³¹. Porém, ao que parece, esta preocupação ainda não foi devidamente colocada na ordem do dia pelo Excelso Pretório.

Rememore-se: não se está aqui a advogar, por inaceitável diante de nosso ordenamento constitucional, o princípio do *male captum, bene retentum*, vale dizer, a admissão irrestrita das provas obtidas por meios ilícitos, com a reles consequência da punição do infrator que as produziu ao arrepio da norma garantista. Tal aceitação levaria ao incentivo da prática de condutas contrárias ao direito, sobretudo por autoridades públicas, o que acarretaria grave instabilidade nas relações sociais³². Tampouco se está elevando a busca da verdade (ou, como já se afirmou com propriedade, da porção acessível da verdade³³) à finalidade última da persecução criminal. O que se postula é a aplicação, seja em benefício do réu, seja em benefício do órgão da acusação, do princípio da proporcionalidade. Neste último caso, porém, somente se admitirá a utilização pelo Ministério Público da prova obtida em atitude contrária ao direito em hipóteses de *excepcional gravidade* e ainda assim mediante circunstanciada motivação judicial.

³¹ Quanto à aplicação intransigente da teoria da inadmissibilidade absoluta das provas obtidas por meios ilícitos, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, com incomparável argúcia, deixou assinalado: "São esses, os peritos em atividades sofisticadamente anti-sociais, lesivas não apenas do patrimônio privado, ou de qualquer outro direito individual, mas de relevantes interesses da coletividade; são esses – os grandes sonegadores de impostos, os seqüestradores profissionais, os artífices de audaciosas fraudes financeiras, os aventureiros bafejados pela proteção ou pela conveniência de administradores corruptos – que com maior probabilidade se beneficiarão (e, em certos casos, já se terão beneficiado), por exemplo, da aplicação mecânica e indiscriminada, quando não ostensivamente contrária à respectiva *ratio*, das regras sobre provas obtidas por meios ilícitos. A exacerbação do 'garantismo' conduz aí a resultados incompatíveis com uma política criminal que leve em conta as necessidades mais prementes da atual conjuntura" ("A justiça e nós", in **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, p. 6, Editora Saraiva, São Paulo, 1997).

³² Em sentido aproximado ao do texto, ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Provas ilícitas", in **O processo em sua unidade II**, p. 176, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984.

³³ Sutil e perfeita a observação de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del Proceso Penal", in **Temas de Direito Processual**, Sétima Série, p. 220, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

2. A teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação e suas exceções.

Importante desdobramento da questão concernente à ilicitude probatória diz respeito à admissão, ou não, no processo, de elementos probatórios cuja obtenção, em si mesma, não infringiu nenhuma norma jurídica, mas que somente puderam ser descobertos em virtude de ato anterior ilegalmente praticado. Exemplifique-se com a confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regular e licitamente apreendido³⁴; ou então com a interceptação telefônica clandestina e ilegal, por meio da qual se vem a obter a indicação de testemunha que, posteriormente, prestando depoimento regularmente perante a autoridade judiciária, ratifica os fatos revelados na aludida interceptação de maneira a incriminar o réu³⁵. É o que se convencionou denominar *provas ilícitas por derivação*, problema que apenas se apresenta, logicamente, nos ordenamentos que inadmitem no processo as provas obtidas por meios ilícitos.

A questão foi colocada perante a Suprema Corte norte-americana que, no case *Silverthorne Lumber Co v. United States*, em 1920, construiu a doutrina denominada fruto da árvore envenenada ("*fruit of the poisonous tree*")³⁶, segundo a qual qualquer informação ou evidência obtida a partir ou em consequência de uma outra prova ilicitamente

³⁴ O exemplo é dado por LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, ob. cit., p. 73.

³⁵ Já este exemplo é retirado de SERGIO DEMORO HAMILTON, "As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito", in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 11, p. 254, jan./jun. 2000.

³⁶ Cite-se, neste ponto, a lição de NORMAN M. GARLAND e GILBERT B. STUCKEY: "*Six years after the Weeks case announced the exclusionary rule, the case Silverthorne Lumber Co v. United States was decided, and an additional restriction was placed upon federal officers and the admissibility of evidence. Silverthorne held that not only is illegally obtained evidence inadmissible, but other information derived from de illegal evidence is also inadmissible. The fruit of the poisonous tree doctrine was thus established. This doctrine has been reiterated many times in recent decisions. According to the doctrine, if the search itself is illegal, it is like a poisonous tree. Any information gained as a result of such is also tainted by illegal search and is inadmissible against the defendant – it is poisonous fruit of a poisonous tree. The exclusionary rule and the fruit of poisonous tree doctrine apply to evidence derived from violations of a person's Fifth and Sixth Amendment rights to the same extent that they apply to unlawful searches and seizures*" (**Criminal evidence for the law Enforcement Officer. Exclusionary Rule**, p. 295, Glencoe McGraw-Hill, 2000).

colhida também será ilegal. Vale dizer: “se as raízes estão viciadas, contaminado fica tudo que delas provém”³⁷.

Tal teoria, cunhada sob os moldes da realidade norte-americana, vem sendo prestigiada a nível internacional, já tendo sido adotada, no plano legislativo, por alguns países latino-americanos³⁸, que a inseriram expressamente em disposições de seus Estatutos Processuais Penais³⁹. A Constituição brasileira de 1988 silenciou neste ponto, não tomando partido quanto ao problema; e tampouco o legislador infraconstitucional fez inserir, *por enquanto*⁴⁰, qualquer dispositivo no Código de Processo Penal ou em legislação extravagante adotando ex-

³⁷ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "O processo penal norte-americano e sua influência", in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 12, p. 93, jul./dez. 2000.

³⁸ A respeito da crescente influência do direito norte-americano sobre os países latino-americanos consulte-se, por todos, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Processo civil e processo penal: mão e contramão?", in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 8, p. 202/203, jul./dez. 1998, e "Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal", in **Temas de Direito Processual**, Sétima Série, p. 217/229, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

³⁹ O Código Procesal Penal do Paraguai de 1998 dispôs em seu artículo 174: "Carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías procesales consagradas en la Constitución, en el derecho internacional vigente y en las leyes, **así como todos los otros actos que sean consecuencia de ellos**". O Código de Procedimiento Penal da Bolívia de 1999 estabeleceu em seu artículo 172: "Carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren derechos y garantías consagradas en la Constitución Política del Estado, en las Convenciones y Tratados internacionales vigentes, este Código y otras leyes de la República, **así como la prueba obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito (...)**". O Código de Procedimiento Penal do Equador de 2000 dispôs em seu art. 80: "Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. **La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías**". No mesmo sentido o artículo 214 do Código Orgánico Procesal Penal da Venezuela de 1998: "Licitud de la Prueba. (...) No podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. **Asimismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos**".

⁴⁰ O anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal elaborado pela Comissão presidida pela Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, nomeada pela Portaria nº 61/2000 do Ministério da Justiça, contém proposta de modificação do art. 157 do Código de Processo Penal, que passaria a ter a seguinte redação: "Art.157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais. § 1º. **São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.** § 2º: Após o trânsito em julgado da decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório. § 3º: O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença".

pressamente a teoria. Todavia, a importação, por vezes isenta de qualquer imposto, já foi realizada pela doutrina⁴¹ e inclusive pela jurisprudência pátrias⁴², não sendo inoportuno registrar aqui o perigo de não se aferir escrupulosamente “a compatibilidade entre o enxerto pretendi-

⁴¹ A doutrina que se vem mostrando majoritária prestigia a adoção da teoria. Assim, dentre muitos, vide ADA PELLEGRINI GRINOVER, "As provas ilícitas na Constituição", in **O processo em evolução**, p. 51/52, 2ª edição, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. cit., p. 110; e LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, ob. cit., p. 78. Em sentido contrário, HÉLIO TORNAGHI que, sem maiores considerações, entende não merecer acolhida: “Valem as provas legalmente obtidas seguindo-se as indicações dadas pelas ilegalmente conseguidas? Para ilustrar: o réu confessa sob coação, com riqueza de pormenores (fato ilícito). Cada um destes pormenores é averiguado de maneira lícita (com buscas, inspeções, inquirições, perícias etc.). Pode o juiz ter presentes essas outras provas? Na Alemanha a *communis opinio* afirma que sim (cita-se a exceção de K. Siegert). Em contrapartida, a jurisprudência americana responde negativamente. A questão é menos jurídica do que de política processual. A meu ver, devem levar-se em conta essas outras provas” (**Curso de Processo Penal**, Volume 1, p. 307, 9ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995). No mesmo sentido, mas com o argumento de não se poder aplicar a teoria por falta de previsão constitucional, PAULO RANGEL, **Direito Processual Penal**, p. 387/388, 6ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

⁴² O Supremo Tribunal Federal, não sem polêmica entre seus Ministros, acolheu expressamente a teoria das provas ilícitas por derivação utilizando-se da doutrina norte-americana: “É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos “frutos da árvore venenosa”. Inexistência de prova autônoma. Precedente do Plenário: HC nº 72.588-1-PB. Habeas-corpus conhecido e deferido por empate na votação (RI-STF, art.150, § 3º), para anular o processo *ab initio*, inclusive a denúncia, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente” (STF, 2ª Turma, HC 74116/SP, Rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa, DJU de 14.03.1997, p. 06903). O entendimento foi reiterado posteriormente: “Prova ilícita: interceptação inválida, não obstante a autorização judicial, antes, porém, da Lei 9.296/96, que a disciplina, conforme exigência do art. 5º, XII, da Constituição (cf. HC 69.912, Plen., 16.12.93, Pertence, RTJ 155/508): contaminação das demais provas – a partir da prisão em flagrante e da apreensão do tóxico transportado por um dos co-réus – porque todas contaminadas pela ilicitude da interceptação telefônica, que as propiciou (*fruits of the poisonous tree*): precedentes (...). A doutrina da proscição dos *fruits of the poisonous tree*, é não apenas a orientação capaz de dar eficácia à proibição constitucional da admissão da prova ilícita, mas, também, a única que realiza o princípio de que, no Estado de Direito, não é possível sobrepor o interesse na apuração da verdade real à salvaguarda dos direitos, garantias e liberdades fundamentais, que tem seu pressuposto na exigência da legitimidade jurídica da ação de toda autoridade pública” (STF, 1ª Turma, HC 75545/SP, Rel. Min.Sepúlveda Pertence, DJU de 09.04.1999); “As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. Habeas corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5” (STF, Tribunal Pleno, HC 72588/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 04/08/2000, p. 03; vencidos os Mins. Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves)”

do e a compleição do organismo que o vai acolher. Negligenciar esse ponto é assumir sério risco de rejeição do transplante"⁴³.

A respeito do tema duas indagações saltaram à cabeça do autor destas linhas. A primeira: seria mesmo possível a adoção de tal teoria diante do ordenamento pátrio? A segunda pressupõe resposta afirmativa dada à precedente: Uma vez admitida a sua aplicação, haveria exceções ou temperamentos dignos de serem levados em conta? Desapontado ficará o leitor se pretender encontrar as respostas em caráter definitivo e correto neste texto, pois o tema poderia ser objeto de substancial monografia, que se deixa para mentes obviamente mais aguçadas e talentosas. Seguem apenas algumas parcas reflexões, em relação às quais não me poderia esquivar.

Primeiramente cumpre considerar que o texto do art. 5º, LVI, da Constituição não estende as *exclusionary rule* às chamadas *provas ilícitas por derivação* e tampouco há norma legal neste sentido. Todavia, não somente por um critério de *causalidade*, mas principalmente em razão da *finalidade* com que são estabelecidas as proibições em matéria probatória, deve-se admitir a contaminação da prova secundária pela ilicitude original⁴⁴. Sem dúvida, de nada valeria, em princípio, estabelecer-se a vedação da admissão das provas ilícitas no processo se, por via derivada, as informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento jurídico pudessem servir ao convencimento do Juiz. Seria trancar a porta e deixar aberta a janela, dando azo a que o nefasto "jeitinho brasileiro" entrasse mais uma vez em cena. Contudo, assentada tal premissa, impõe-se uma ressalva essencial: também aqui deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade⁴⁵. A ponderação dos va-

⁴³ As espirituosas palavras são de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos", in **Temas de Direito Processual**, Sétima Série, p. 157, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

⁴⁴ ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. cit., p. 110; LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, ob. cit., p. 78, MARCELLUS POLASTRI LIMA, "A prova penal", p. 67, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002 e também LEONARDO GRECO, "A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil", artigo inédito, ainda não publicado.

⁴⁵ Neste sentido, SERGIO DEMORO HAMILTON, "As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito", in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 11, p. 255, jan./jun. 2000; MARCELO BATLOUNI MENDRONI, **Curso de investigação criminal**, p. 229, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002; RONALDO BATISTA PINTO, **Prova penal segundo a jurisprudência**, p. 9, Editora Saraiva, São Paulo, 2000; CÉSAR DARIO MARIANO DA SILVA, **Provas ilícitas**, p. 43, 2ª edição, Leud, São Paulo, 2002; EMMANUEL TEÓFILO FURTADO, "A Prova ilícita à luz do processo penal constitucional", artigo disponível na *Internet*, no site www.fesac.org.br, consultado em 27.10.2002. Ao que parece, também é a opinião de LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, ob. cit., p. 74/75.

lores em jogo não pode ser subtraída à questão das provas ilícitas por derivação. Cuida-se de imperativo categórico. Pense-se, por exemplo, na hipótese de pessoas ligadas a organizações criminosas, ou até mesmo policiais, forjarem uma prova ilícita para com isso impedir o sucesso da investigação em andamento, de forma que tudo o que se venha a obter como consequência daquela seja considerado ilícito⁴⁶. Somente a adoção do princípio da proporcionalidade seria capaz de rechaçar atitudes desta monta. Registre-se sob este ângulo, apenas em caráter informativo, que a doutrina e a jurisprudência alemãs não se inclinam, como regra, em adotar o dogma das provas ilícitas por derivação – o que lá se denomina “efeito à distância” (*fernwirkung*)⁴⁷; porém, quando admitem a possibilidade de aplicação da teoria, a ela sempre aplicam a ponderação de interesses ínsita à proporcionalidade⁴⁸.

A outra reflexão que parece relevante diz respeito à possibilidade de se aplicarem, na medida em que adequadas ao ordenamento jurídico brasileiro, as exceções com que a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana tem temperado a doutrina do fruto da árvore envenenada. Referida Corte tem admitido diversas situações onde se excepciona a regra: quando, por exemplo, “o agente policial procedeu de boa-fé, ignorando a circunstância que lhe tornava ilegítima a atuação”⁴⁹ (cuida-se da chamada *the good faith exception*)⁵⁰; ou “quando o vício de origem é ‘purgado’ por subseqüente ato voluntário do réu, que, por

⁴⁶ A advertência é feita por ANTONIO SCARANCE FERNANDES, **Processo Penal constitucional**, p. 83, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

⁴⁷ ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *ob. cit.*, p. 109.

⁴⁸ DANILO KNIJNIK, A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93, in **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul** (AJURIS) nº 66, ano XXIII, p. 73, março de 1996.

⁴⁹ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “O processo penal norte-americano e sua influência”, in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 12, p. 93, jul./dez. 2000.

⁵⁰ Como bem assinala DANILO KNIJNIK, “tal exceção foi afirmada inicialmente no caso *United States v. Leon*, de 1984, e governa as situações em que os policiais crêem, sinceramente, que sua diligência observou os ditames da IV Emenda. Em *Leon*, a Polícia da Califórnia cumpriu um mandado – posteriormente invalidado – de boa-fé. Os acusado argüiram a supressão da prova, mas a Suprema Corte entendeu que a matéria estava sendo regulada pela exceção em testilha” (*ob. cit.*, p. 81).

exemplo, reitera *sponte sua* declaração constante de confissão ilicitamente obtida (*purged taint*)⁵¹; em hipóteses nas quais se tem acesso à prova por meio legal, independente do viciado (a chamada *independent source*)⁵²; ou ainda quando se demonstrar que o elemento probatório colhido ilicitamente seria inevitavelmente descoberto por meios legais (*inevitable discovery*)⁵³.

Admitida a teoria das provas ilícitas por derivação, devidamente balizada pelo princípio da proporcionalidade, outro não pode ser o entendimento senão o de a ela se aplicarem as exceções formuladas no país de origem⁵⁴. A tarefa de adequação das referidas exceções à realidade jurídica brasileira (v. g., admitir que os agentes policiais possam agir de boa-fé quando procedem de forma ilícita), diante da falta de norma jurídica expressa, cabe sem dúvida à doutrina e sobretudo à jurisprudência. Esta última, aliás, já se vem mostrando sensível a alguns temperamentos⁵⁵.

⁵¹ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "O processo penal norte-americano e sua influência", in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 12, p. 93, jul./dez. 2000.

⁵² Esclarece ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO que "a *independent source limitation* foi reconhecida pela Suprema Corte no caso *Bynum v. U.S.* (1960): o acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião, foram tiradas suas impressões digitais que comprovavam seu relacionamento com um roubo; em razão disso, a prova foi excluída porque *derivada* da prisão ilegal; num segundo julgamento, a acusação trouxe, para comparação, outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do F.B.I.; assim, reconheceu-se a validade da prova, pois agora não havia conexão com a prisão arbitrária" (ob. cit., p. 108/109, nota 48).

⁵³ Trazem-se à colação, ainda uma vez, as lições de NORMAN M. GARLAND E GILBERT B. STUCKEY: "*Inevitable discovery exception: An exception to the fruit of the poisonous tree doctrine that states that the challenged evidence is admissible if the prosecution can show that the evidence would have been inevitably discovered, even in the absence of the police illegality*" (ob. cit., p. 296).

⁵⁴ Assim, DANILO KNIJNIK, ob. cit., p. 82/83.

⁵⁵ O Supremo Tribunal Federal já decidiu: "Se o que ensejou o início das investigações sobre as atividades delitivas foram denúncias recebidas por agentes de polícia, cujos depoimentos constituem prova autônoma e não contaminada pela prova viciada, torna-se inquestionável a licitude da persecução criminal. A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única ou a primeira produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito. Não logrando colher-se dos elementos do processo a resultante consequência de que toda a prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal" (STF, 2ª Turma, HC 74081/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 13.07.1997); "Descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exsurgem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita" (STF, 2ª Turma, HC 75892/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 17.04.1998).

Em derradeira tentativa sintetizadora, entende-se possível, mesmo sem texto legal expresso, a adoção da teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, mas se deve levar em conta, primeiramente e sempre, o princípio da proporcionalidade, e em segundo lugar, na medida em que forem adequadas ao ordenamento brasileiro, as exceções que se fazem presentes na matriz exportadora.

3. Conclusões.

Sem a menor veleidade de demonstrar o acerto das teses expostas durante todo o itinerário, tampouco sem o anseio de responder a indagação *sugerida* pelo título do presente trabalho, apresentam-se a seguir as idéias desenvolvidas, que podem ser reconduzidas, em apertada síntese, às proposições objetivas que se seguem:

a) A Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, LVI, estabeleceu regra em termos aparentemente absolutos. Todavia, parcela da doutrina e também da jurisprudência vêm entendendo que nenhum direito ou garantia são absolutos, e têm procurado suavizar a regra mediante a utilização do princípio da proporcionalidade;

b) O princípio da proporcionalidade deve ser aplicado para abrandar a vedação da admissão de provas obtidas por meios ilícitos seja em benefício do réu, seja em benefício do órgão da acusação, por força inclusive de outro princípio constitucional: o da igualdade das partes;

c) No contexto da aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate*, somente se admitirá a utilização da prova obtida em atitude contrária ao direito, pelo Ministério Público, em hipóteses de excepcional gravidade, e ainda assim mediante circunstanciada motivação judicial;

d) É possível, mesmo sem texto legal expresso, a adoção da teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação (*fruit of the poisonous tree*), mas se deve levar em conta, primeiramente e sempre, o princípio da proporcionalidade, e em segundo lugar, na medida em que forem adequadas ao ordenamento brasileiro, as exceções que se fazem presentes na matriz exportadora americana. ◆