

AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL E O ROMPIMENTO DA ILICITUDE SEQUENCIAL.

THE ILLEGAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE AND THE DISRUPTION OF SEQUENTIAL ILLEGALITY.

Nome: RODRIGO LIMA E SILVA – Professor de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Mestre em Direito pela UNESA/RJ, Doutorando em Ciência Política pelo IUPERJ (UCAM/Candido Mendes).

RESUMO: Devido à forte influência inquisitorial existente no processo penal brasileiro e à constante busca pela efetividade do princípio da verdade real, o presente artigo analisa o polêmico tema das provas no processo penal brasileiro, discutindo seu conceito e seu ônus, para ingressar na análise da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Posteriormente, pretende-se tratar da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, analisando sua aplicabilidade concreta bem como a adaptação ao ordenamento jurídico vigente das teorias oriundas de países estrangeiros, cuja matriz teórica serviu de orientação para a inserção das mesmas no direito brasileiro e que criaram paradigmas para o rompimento do ciclo da ilicitude originária no processo penal brasileiro.

Palavras Chaves: Verdade Real - Provas – Ilicitude – Originária - Derivação.

ABSTRACT: Due to the strong influence inquisitorial criminal procedure existing in Brazil and the constant search for the effectiveness of the principle of real truth, this article examines the controversial issue of evidence in criminal proceedings brazilian, discussing his concept and his onus, to join in judging the admissibility of evidence obtained by means unlawful. Subsequently, intend to treat of inadmissible evidence by illegal derivation, analyzing its applicability and practical adaptation to prevailing legal theories coming from foreign countries whose matrix served as the theoretical guidance for the insertion of the same law, that created brazilian and paradigms for breaking the cycle of criminal wrongfulness originated in Brazil.

Key Words: Real Truth - Evidence - Illegality – Originated - Derivation.

1 – INTRODUÇÃO:

No atual estado democrático de direito, a preocupação constante do processo penal pela busca da verdade real não pode ser exercida pelo Estado livremente, sob pena de se permitir a violação aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Diante desse limite imposto ao Estado, o processo penal assume nova roupagem, não sendo mais um mero instrumento a serviço do poder estatal no exercício do *jus puniendi*, mas possuindo uma instrumentalidade garantista, servindo de garantia ao mais débil frente aos prováveis abusos de poder cometidos pelo Estado (LOPES JUNIOR, 2010, p.43).

Devido à influência inquisitorial do processo penal e de ter sido o mesmo oriundo de um período ditatorial no Estado brasileiro, o tema provas em processo penal é de grande relevância e polêmica, tendo em vista que dentre várias formas de abuso de poder por parte do Estado, se destacam historicamente o uso de provas ilícitas para sanar o apetite punitivo do Estado.

Acrescente-se a isso o fato de que a transformação evolutiva do estado de direito em estado democrático de direito, exigiu que além da inadmissibilidade das provas ilícitas em sede de processo, as provas obtidas em dependência a tal prova ilícita também não pudessem ser admitidas para formar o convencimento do juiz.

Tais provas são as provas ilícitas por derivação, pois apesar de serem consideradas lícitas por si mesmo, trazem em sua origem a ilicitude.

Impedir a utilização de qualquer prova ilícita por derivação sem apresentar qualquer limite, no entanto, poderia provocar uma grave insegurança jurídica, gerando a falta de punição a determinados fatos cujas provas fossem obtidas lícitamente e/ou com o rompimento da ilicitude sequencial imposta às provas ilícitas por derivação.

O fato é que antes de incorporar tais teorias no direito processual brasileiro, o poder judiciário enfrentava diuturnamente uma série de questões que, embora não previstas em lei, necessitavam de fundamentos jurídicos para se implementarem. Diante disso, a incorporação do modelo de solução sugerido pelo direito norte-americano poderia servir como orientação para o posicionamento dos tribunais superiores do país.

Dessa forma, inicialmente, a jurisprudência brasileira tentou implementar às balizas do sistema de análise de provas, a teoria da exclusão (*exclusionary rule*) e outras teorias desenvolvidas no direito norte-americano.

Posteriormente, o tema passou a ser tratado por meio de lei, em que houve a introdução no direito brasileiro de algumas teorias que se originaram nos Estados Unidos, no que tange às provas ilícitas por derivação.

Com a aplicação de tais teorias no Brasil, várias controvérsias se originaram, levando-se em consideração que a realidade social e jurídica norte-americana bem como as atividades persecutórias penais no direito americano são diferentes daquelas que ocorrem no panorama jurídico penal brasileiro.

Por isso, discutir a aplicabilidade de tais teorias no direito brasileiro é de grande relevância, não somente em relação à ordem prática, mas também em relação à conceituação, aplicabilidade e extensão das mesmas no direito brasileiro.

Logo, tal artigo tem a pretensão de analisar o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, tratando inicialmente do conceito de prova e do ônus de prova no processo penal brasileiro, evoluindo para a definição da prova em países que serviram de matriz teórica para o desenvolvimento das teorias relacionadas à ilicitude da prova, para finalmente indicar aspectos relevantes sobre hipóteses que venham a permitir o rompimento da ilicitude sequencial da prova ilícita por derivação como forma de adequar os entendimentos oriundos do direito alienígena ao direito brasileiro.

2 – CONCEITO DE PROVA E O SEU ÔNUS.

O instituto da prova exerce papel fundamental no processo penal, estando vinculado aos princípios garantidores mais relevantes do devido processo legal, principalmente se compreendermos que no processo penal a atividade mais difícil do julgador relaciona-se com o desvendamento dos fatos e não com a interpretação e aplicação do direito (SOUZA; SILVA, 2010, p.284).

Partindo dessa premissa, surge a necessidade de conceituar tal instituto, entendendo inicialmente que o significado comum de provar é estabelecer a verdade, a realidade de, dar prova de, demonstrar, comprovar (FERREIRA, 2008, p. 662).

Direcionando tal significado ao processo penal, provar está relacionado ao estabelecimento da verdade pelas partes, que atuam em polos diversos de um processo penal,

desenvolvida na esfera judicial e tem por objetivo convencer ao juiz de que a verdade de uma delas é melhor do que a outra.

Mesmo com tal consideração, o conceito de prova no processo penal não é pacífico.

Para Tornaghi (1997, p. 269), a palavra prova possui vários sentidos, todos correlacionados entre si. Ela designa, em primeiro lugar, a atividade probatória, isto é, o conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos, etc.) e até pelo juiz, para averiguar a verdade e formar a convicção desse último (jugador).

Nery (1997, p.611) entende-a como “meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico”.

Como diz Antonio Magalhães Gomes Filho (2008, p.250), de fato, só podem ser consideradas provas, no sentido jurídico-processual, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação das partes em contraditório.

Embora seja controvertido o conceito de prova por vários autores, verifica-se que em todos há a preocupação com a busca da verdade no processo penal e na formação do convencimento do juiz.

A análise sobre a busca da verdade real no processo penal seria um tema extremamente extenso para desenvolver, que foge ao objetivo deste artigo, mas, sucintamente, o processo penal por tratar de direitos indisponíveis, se preocupa em alcançar a verdade real dos fatos, para que não ocorra violação a liberdade de locomoção sem que existam provas concretas sustentadas pelo contraditório estabelecido pelas partes, em regra.

O problema, no entanto, fica em torno da forma pela qual será alcançada a verdade real no processo penal e logicamente que tal situação leva a produção das provas no processo, fazendo com que o direito à prova, desdobre-se em vários direitos da parte (FERNANDES, 2010, p.73):

- a) direito de requerer a produção de prova;
- b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova;
- c) direito a que, deferida a realização da prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção;
- d) direito a participarem da produção da prova, em contraditório;
- e) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz;
- f) direito a que, realizada a prova, possam manifestar-se a seu respeito;
- g) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador.

É importante observar que provar não constitui obrigação processual e sim ônus, a diferença é que o ônus trata de uma obrigação para consigo mesmo em que se não cumprida, ninguém, a não ser o encarregado sairá prejudicado.

Portanto, a principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito.

No processo penal existe alguma controvérsia sobre o ônus da prova. Alguns autores entendem que o ônus da prova pertence somente à acusação e usam como sustento à tal posição o princípio da presunção de inocência (PACELLI, 2008) e também o princípio do *in dubio pro reo*.

Como diz Feitoza:

“Entretanto, conclui-se do princípio constitucional da não-culpabilidade ou inocência (art. 5º LVII da CR) que o réu não tem o ônus de demonstrar sua inocência, pois a acusação é que tem que provar sua culpabilidade. Além disso, quanto ao Ministério Público, este tem o dever de defender a ordem jurídica, os interesses sociais e os interesses individuais indisponíveis (art. 127 caput, CR), o que significa que o Ministério Público deve atuar probatoriamente tanto em favor da condenação quanto da absolvição, uma vez que viola seu dever a obtenção de uma condenação injusta ou ilegal. Isso faz com que o ônus da prova, no processo penal, não seja uma questão tão simples e óbvia.”(2009, p. 729)

Logo, se a acusação não consegue provar o alegado, ao juiz somente cabe uma saída, a absolvição por falta de provas, em obediência ao disposto no art. 386, II do CPP.

A outra face da mesma moeda é que se a acusação não consegue demonstrar a veracidade das alegações com provas que sejam extremas de dúvidas, o juiz também deverá absolver, mas, agora com base no princípio do *in dubio pro reo*, e em observação ao disposto no art. 386, VI, parte final do CPP, sendo sua atividade orientada pelo princípio da presunção de inocência, de expressa previsão constitucional (art. 5º LVII da CRFB/88).

Por outro lado, vem prevalecendo no processo penal brasileiro a posição de que o ônus da prova no processo é dividido entre as partes, cabendo à acusação apresentar provas os fatos constitutivos da pretensão punitiva (tipicidade da conduta, autoria, materialidade, dolo ou culpa etc..) e para a defesa cabe provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos da pretensão punitiva (inexistência material do fato, atipicidade, excludentes de ilicitude, causas de diminuição de pena, privilégio, desclassificação, causas extintivas da punibilidade, etc...) (ARANHA, 1994, p.14).

Para autores que sustentam tal posição, esta seria a mais adequada ao estado democrático de direito atual, pois privilegia de certa forma, o princípio da ampla defesa e do contraditório, havendo um tratamento igualitário das partes.

Questão interessante é saber se é possível ocorrer em processo penal, assim como ocorre em outros ramos do direito, a inversão do ônus da prova.

A resposta seria positiva, quando o tema se referir a direito local, inserindo-se nessa definição abrangente o direito estadual, municipal, estrangeiro ou consuetudinário. Assim, conforme o art. 337 do Código de Processo Civil, aplicado analogicamente ao tema, o juiz pode, quando a parte alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, determinar que a mesma lhe prove o teor e a vigência.

Outro exemplo dado por Avena (2010, p.479) é o caso de portarias e regulamentos, ainda que expedidos por órgãos vinculados à esfera federal, à semelhança do que ocorre com a prova do direito local, poderá ser incumbida pelo juiz à parte que está invocando o direito incorporado a preceitos atos normativos, sendo este, em síntese, o atual cenário brasileiro no que se refere ao conceito de provas e ao seu ônus.

3 – CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXCLUSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO ESTRANGEIRO E O SURGIMENTO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ARVORE ENVENENADA.

São várias as fórmulas historicamente utilizadas para designar a inadmissibilidade processual de elementos de provas obtidos mediante a inobservância ou desobediência às normas processuais ou constitucionais e materiais.

Como aponta Maier (2003), no âmbito europeu, Beling foi o primeiro a desenvolver o tema de uma forma analítica com seu trabalho “*las prohibiciones probatorias como limites de la averiguacion de la verdad*”, nessa obra o mesmo tentava indicar a existência de limites à busca da verdade na persecução penal estatal.

Tais limites eram designados genericamente como “*prohibiciones probatorias*”. Diante de tal classificação, Beling formulou a distinção entre: a) proibição de temas de prova (*Beweisthemaverbote*), quando certos fatos não podem constituir objeto de indagação probatória; b) proibição de meios de prova (*Beweismittelverbote*), quando não se admite o meio probatório e; c) proibições de métodos de prova, quando o que se proíbe é a utilização de certos métodos na colheita da prova (*Beweismethodenverbote*).

Hoje, tudo é estudado sob a definição de proibições de colheitas de provas (*Beweiserhebungsverbote*).

Na Itália, por influência de Florian (1982, p.146), o estudo se referiu às limitações ao princípio da liberdade probatória em matéria penal, dividindo-se em limitações absolutas, que se referem ao objeto de prova (*thema probationis*) e às limitações relativas, que se referem aos meios de prova e ao procedimento probatório, como diz Maier:

“ Las primeras aluden a la posibilidad de que el hecho o circunstancia a probar esté excluido de la posibilidad de ser probado por una regla de derecho positivo fundada em la defensa de un bien o interés jurídico que, para el orden jurídico, posee um valor superior que la utilizacion judicial del hecho o del dato para decidir um conflicto social, como sucede a guisa de ejemplo, con la filiacion adulterina em el derecho argentino. Las limitaciones relativas proceden tambien de la ley, com idéntico fundamento, pero no impiden, abstractamente, que el hecho o circunstancia, tema de la prueba, pueda ser probado, sino, tan solo, que sea probado por intermedio de algun organo o medio de prueba específicos o que sea probado através de um procedimiento extraño al que prevé la ley”.(2003, p.148)

Apesar de tais considerações teóricas, o movimento italiano na direção da prova ilegalmente obtida começa nos anos 60, quando a corte constitucional italiana começou a declarar a prova inadmissível – *innutilizzabile* – se tivesse sido obtida de modo a infringir os direitos do acusado tais como protegidos pela Constituição.

Atualmente, o art. 188 do Código de Processo Penal italiano de 1988 proíbe, de forma absoluta, o uso da prova obtida por qualquer técnica que possa afetar “o direito de autodeterminação ou que altere a capacidade de lembrar ou valorar os fatos”, mesmo quando haja o consentimento da pessoa.

Spencer (DELMAS-MARTY, 2005, p.637), sustenta que mesmo sendo amplas, essas regras de exclusão tem certos limites, quando alguma violação de regra processual tiver acontecido de modo que a Corte entenda inaplicável o art. 188, ela não mais encarará o problema como de inadmissibilidade da prova, mas abordará a matéria com as Cortes francesas o fazem – em termos de “nulidade”.

Na França e na Inglaterra, a prova ilegalmente ou ilicitamente obtida não é automaticamente excluída. A lei francesa lida com este problema sob a rubrica da nulidade. “A teoria que perpassa o tema deriva do conceito francês que encara o processo penal como um processo hermeticamente regulado que visa compilar as informações” (DELMAS-MARTY, 2005, p.633).

Na América, os Estados Unidos deram origem e fomentaram o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direitos constitucionais do indiciado/acusado, pautando-se pelas “regras de exclusão” (*exclusionary rules*).

Em 1914, no caso *Weeks versus United States*, a Suprema Corte americana estipulou a aplicação da regra de exclusão aos processos federais, em razão de uma prova obtida com violação à 4ª emenda da Constituição Americanaⁱ.

Entretanto, essa regra não era obedecida pelas cortes estaduais, até que no caso *Mapp v. Ohio*, a Suprema Corte americana estendeu tal regra aos processos estaduais, entendendo, assim como o fez anteriormente, que mesmo em relação aos processos estaduais, toda prova obtida por meio de buscas e apreensões (e prisões) com violação da Constituição é inadmissível numa corte estadual.

Como sustenta Feitoza (2009, p. 695), até o caso *Mapp v. Ohio* cinco fundamentos surgiram para a exclusão de provas ilícitas: 1) as implicações da 5ª emenda; 2) a necessidade de impedir uma violação continuada à privacidade individual por meio da introdução da prova ilícita; 3) as implicações naturais do direito de recurso; 4) o imperativo da integridade judicial; 5) a necessidade de dissuadir futuras violações, salientando-se que este quinto fundamento foi essencial para que a Corte Americana se posicionasse no sentido de excluir a prova ilícita.

Com a evolução de conceitos e de aplicações práticas da teoria que leva a exclusão da provas obtidas por meios ilícitos, surgiu no direito americano o questionamento referente à prova que é lícita em si mesma, mas que é oriunda de uma prova ilícita, ou sofre diretamente influencia desta.

O *leading case* referente ao assunto foi o julgamento pela Suprema Corte norte-americana do caso *Silverthorne Lumber Co. vs United States* de 1920, em que a empresa *Silverthorne Lumber* tentou sonegar o pagamento de tributos federais.

No combate à fraude, agentes federais mantiveram os donos da empresa sob custódia em suas casas de forma ilegal, com o intuito de coagir aos mesmos que lhes entregasse documentos referentes aos negócios desenvolvidos pela empresa, além de ingressaram, posteriormente, no estabelecimento empresarial sem qualquer ordem judicial, onde tiraram fotos e apreenderam documentos da empresaⁱⁱ. A questão chegou ao conhecimento da Suprema Corte, onde surgiu o questionamento se as provas derivadas de atos ilegais poderiam ser admitidas em juízo.

A Suprema Corte, ao analisar o caso, adotou o posicionamento no sentido de que ao se permitir a utilização de evidências derivadas de atos ilegais, o Tribunal estaria encorajando os órgãos policiais a desrespeitar a 4ª Emenda da Constituição norte-americana. Dessa forma, o tribunal decidiu pela inadmissibilidade das provas derivadas de provas obtidas ilicitamenteⁱⁱⁱ e fundamentou sua decisão no sentido de que o Estado não podia intimar uma pessoa a entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal.

Mais tarde, essa extensão do princípio da exclusão às provas derivadas passou a ser denominada “*fruits of poisonous tree doctrine*”.

Tal teoria foi aplicada em um primeiro momento como extensão da “regra de exclusão” da 4ª emenda, mas depois, foi estendida às demais “regras de exclusão”, com as da 6ª Emenda^{iv} e da 5ª Emenda^v à Constituição Americana^{vi}.

O argumento que sustentou a decisão foi de que uma prova contaminada pela ilicitude na origem, contaminaria as demais que dela fossem dependentes ou oriundas, o que originou a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of poisonous tree*), que influenciou outros países^{vii} e também o Brasil.

4 - FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL SOBRE A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILICITOS.

No direito brasileiro, a vedação às provas ilícitas tem sede constitucional, por isso a Constituição da República em seu artigo 5º inciso LVI afirma que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988) tal previsão constitucional elevada à categoria de princípio e incluída entre os direitos e garantias individuais, serve de estímulo para discussões em âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Mas nem sempre foi assim, no Brasil, durante muito tempo vigorou nessa matéria o “princípio da veracidade da prova”, segundo o qual a prova era analisada pela carga de convencimento que continha, abstraída a forma de sua obtenção; eventual irregularidade era vista como matéria de ilícito administrativo ou penal, a ser apurada em órbita própria, sem repercussão em sua admissibilidade (MAGALHÃES FILHO, 2003, p. 265).

Partindo-se do pressuposto de que o conceito de prova não é pacífico e de que o dispositivo contido na Constituição Federal é relativamente recente, a doutrina, para fins didáticos, classifica e conceitua as provas ilícitas distinguindo-as das provas ilegítimas.

Como diz Feitoza (2009, p. 692), a maioria dos autores parte da ideia de que prova ilegal ou provas proibidas são o gênero, do qual fazem parte as provas ilícitas e as provas ilegítimas e fazem tal distinção para facilitar didaticamente a compreensão do tema.

Assim as provas proibidas ou ilegais poderiam ser classificadas como: a) as provas ilícitas, que são obtidas mediante violação de normas de direito material, diante disso, as provas ilícitas dizem respeito à obtenção ou coleta de prova, como por exemplo, declarações do réu colhidas sob tortura (violação à lei 9455/97); b) as provas ilegítimas: as que violam norma de direito processual e dizem respeito à produção da prova. Ex.: elaboração do laudo pericial com

apenas um perito quando a lei exigia dois peritos (art. 159 § 1º do CPP) e; c) provas ilícitas e ilegítimas simultaneamente: as que violam normas de direito material e processual simultaneamente. Ex.: Busca e apreensão por delegado de polícia com violação de domicílio. No caso há violação de norma penal, em razão do abuso de autoridade (art. 3.º, b da lei 4898/65) e também de norma processual, que estabelece os requisitos para realização de busca e apreensão domiciliares (arts. 240 a 250 do CPP c/c art. 5º XI, CRFB/88).

Em relação às provas ilegítimas, o sistema processual penal resolve o problema pela teoria das nulidades, ou seja, reconhecida sua nulidade, haverá a decretação de sua ineficácia no processo, sendo o mesmo aplicável em relação às provas simultaneamente ilícitas e ilegítimas.(FEITOZA, 2009)

Em relação às provas ilícitas, o CPP apresenta uma solução controvertida que é o desentranhamento da prova do processo, conforme o disposto no art. 157 § 3º do CPP, que apesar de ter a previsão de inutilização da prova, tal fato não significa que tenha adotado o mesmo regime do direito italiano, mais conhecido como *inutilizzabilità*.^{viii}

Dessa forma, o referido dispositivo legal (com a redação dada pela lei 11690/08), gera um impasse como bem avaliado por Avena:

“O impasse decorre do fato de que a aplicação rigorosa do dispositivo terá como consequência afastar a possibilidade acenada há longo tempo pela doutrina e pela jurisprudência acerca da utilização da prova ilícita em favor do réu (e, para alguns, também em prol da sociedade, quando se tratar de crimes muito graves) a partir de ponderações em torno do princípio da proporcionalidade, visto que, desentranhada e inutilizada a prova, não haverá como servir de base para formar a convicção do Julgador.”(2010, p. 594)

A preocupação do referido autor guarda correlação com o princípio da comunhão das provas, tendo em vista que para tal princípio a prova pertence não somente às partes, mas sim ao processo e no interesse da justiça.

Admitir a exclusão de tal prova, sem demais considerações poderia impedir o uso de uma prova ilícita pela defesa, o que no direito brasileiro é aceito pela doutrina e pela jurisprudência com base no princípio da proporcionalidade pro reo.

Ressalte-se que desentranhar a prova ilícita é um ato diverso de inutilizar, o legislador não utiliza palavras inúteis e por conta disso, o referido parágrafo do art. 157 do CPP, deve ter uma melhor exegese.

A redação do parágrafo do referido artigo se adequaria teleologicamente se fosse mencionado que, preclusa a decisão que declarar inadmissível a prova e em consequência

determinar seu desentranhamento, esta poderá ser inutilizada por decisão judicial, facultando-se as partes acompanhar o incidente (MAGALHÃES FILHO, 2008, p. 270).

Então haveria o respeito ao princípio do devido processo legal e aos seus corolários que guardam relação com o tema. Assim,

“Neste caso, se desentranhada a prova considerada ilícita, decidir o Juiz por não inutilizá-la, pensamos que deverá ser ela autuada e permanecer e apartado ao processo, possibilitando sua eventual utilização, pelo juiz ou pelo tribunal (em grau de recurso), quando, por exemplo, não houver outra forma de comprovar a inocência do réu e, assim, evitar uma condenação injusta.” (2008, p. 270)

Não se pretende com isso simplesmente sustentar a admissão de uma prova ilícita no processo penal, mas admitir que há a possibilidade de utilização de referida prova pela defesa, quando este for o único meio de provar sua inocência, com o principal objetivo de evitar uma condenação injusta, para preservar o princípio da comunhão das provas e o princípio do contraditório e da ampla defesa, partindo-se da orientação do princípio da presunção de inocência.

5 – A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO E SUA MITIGAÇÃO.

Após as considerações sobre o conceito de provas e o seu ônus, o desenvolvimento do tema referente ao tratamento dado às provas ilícitas no direito estrangeiro tecendo considerações sobre a evolução do assunto no direito brasileiro, surge a necessidade de analisar como o Brasil se porta diante das provas ilícitas por derivação, tendo em vista que importou a teoria dos frutos da árvore envenenada para o código de processo penal.

Inicialmente deve-se considerar que, como dito alhures, as provas ilícitas por derivação, correspondem a provas que, conquanto lícitas na própria essência, se tornam viciadas por terem decorrido de uma prova ilícita anterior ou a partir de uma situação de ilegalidade.

O Supremo Tribunal Federal, antes da promulgação da Constituição de 1988, havia sinalizado para a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada, quando concluíra não apenas pelo desentranhamento das gravações clandestinas, mas também pelo trancamento do inquérito policial, por inexistirem nos autos elementos não-viciados pela contaminação da prova ilícita. (GRINOVER, 2001, p.141)

No entanto, após a ordem constitucional vigente, a integração da teoria dos frutos da árvore envenenada gerou acirrada discussão no STF.

Inicialmente, o STF, rejeitou a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, admitindo as provas ilícitas por derivação como sendo válidas no direito brasileiro, em um julgamento apertado, com resultado de 6 x 5 a favor da admissibilidade no direito brasileiro da prova ilícita por derivação.^{ix}

Neste julgamento, o Ministro Sepúlveda Pertence, se posicionou contrariamente a admissibilidade da prova ilícita por derivação no processo penal, e, em seu voto vencido, afirmou que essa teoria é “a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional à inadmissibilidade da prova ilícita, porque de nada adiantaria vedar uma prova ilícita e admitir que as informações nela colhidas pudessem ser aproveitadas”.

Outros ministros à época acompanharam seu voto^x e outros, que formaram a maioria,^{xi} se basearam no argumento do então Ministro Sidney Sanches que sustentou que não se poderiam desprezar todas as demais provas apenas porque “no fio da meada houve uma prova ilícita”.

O Ministro Moreira Alves também sustentou ser preferível a admissão dessas provas a garantir a impunidade de organizações criminosas, em uma clara adoção ao princípio da proporcionalidade.

Com a posterior aposentadoria do Ministro Paulo Brossard, favorável à tese da admissibilidade da prova ilícita por derivação, surgiu um período de dúvida sobre qual seria o entendimento do novo Ministro Maurício Corrêa até que este, no julgamento do HC 72.588/PB, atuando como relator, adotou a posição da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, tornando-a, agora, vencedora.^{xii} Essa passou, portanto, a ser a nova orientação jurisprudencial majoritária.

Após um longo período em que o STF seguia tal precedente, a questão continuava em aberto, até que a lei 11690/08, o legislador disciplinou no art. 157 § 1º do CPP a vedação expressa em relação à admissibilidade das provas ilícitas por derivação e previu legalmente a teoria dos frutos da árvore envenenada no direito brasileiro.

Entretanto, devido às diversas controvérsias ocorridas anteriormente, o legislador resolveu inserir hipóteses que interrompem a sequência de ilicitude, na tentativa de estabelecer parâmetros que eventualmente possam permitir a utilização de uma prova ilícita por derivação no processo penal.

Tais parâmetros foram inspirados nas regras de exclusão do direito americano (*exclusionary rules*), que por sua vez, mitigam a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

No CPP, o legislador faz menção ausência de nexo de causalidade entre a prova ilícita originária e a prova ilícita derivada como uma das formas de rompimento da sequência de ilicitude e também faz menção à fonte independente, como forma de excluir a ilicitude por derivação de forma indiscriminada.

Com isso o legislador incorporou, de certa forma, ao direito brasileiro, as teorias adotadas no direito americano que tratam das exceções ou das hipóteses que mitigam o reconhecimento das provas ilícitas por derivação, que são as seguintes hipóteses: a) fonte independente (*independent source*); b) da limitação da contaminação expurgada (*purged taint limitation*) ou limitação da conexão atenuada (*attenuated connection limitation*) e; c) da descoberta inevitável (*inevitable discovery*)

5.1 – FONTE INDEPENDENTE (*INDEPENDENT SOURCE*)

Se, a prova lícita for oriunda de uma prova ilícita, mas, provier de fonte independente, como tal considerada aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova (conforme art. 157, § 2º, do CPP), não ocorrerá a contaminação.

Assim, na *independent source*, a prova é admitida por ser fruto de uma investigação atual (não hipotética) e regular, totalmente independente da infração realizada na persecução penal. Trata-se de hipótese de investigação prévia ou contemporânea que conduz também à aquisição da mesma prova que fora adquirida ilicitamente. Nesta medida, constitui uma forma lícita de aquisição de prova. (NICOLITT, 2009)

Nicolitt (2009, p. 375) menciona o caso *Bynum*, de 1960, no qual um acusado foi preso ilegalmente e colhidas suas impressões digitais que o ligavam a um crime de roubo. A prova foi excluída por ter derivado de prova ilegal. Não obstante, em seguida, a acusação apresentou impressões digitais mais antigas do acusado que constavam nos arquivos do FBI e tal prova foi admitida com base na *independent source* por não ter relação causal com a prova ilícita.

Interessante notar que o *leading case* que definiu tal posicionamento foi o caso *Segura and Colon vs United States* de 1984^{xiii}, no qual policiais suspeitavam de tráfico de drogas no local e entraram no recinto ilegalmente encontrando drogas, bem como efetuaram as prisões dos indivíduos envolvidos com o tráfico. Enquanto não obtiveram o mandado de busca e apreensão de forma legal, permaneceram no local, aguardando o “atraso administrativo” de 19 (dezenove) horas para que pudessem apreender as drogas e as transações feitas pelos traficantes.

A Corte confirmou o entendimento de que tal prova não era ilícita, pois o mandado foi concedido com base em elementos lícitos e por uma fonte independente que, rompeu a sequência de ilicitude das provas.

Percebe-se que no Brasil diante desse caso concreto, haveria uma prisão em flagrante válida, tendo em vista ser o crime de tráfico de drogas, na conduta guardar ou ter em depósito, crime permanente.

Além disso, não seria impossível admitir que com a violação de domicílio e não havendo drogas no local, haveria a oportunidade para um flagrante forjado, como forma de legitimar a conduta policial, adequando-a ilegalmente aos preceitos legais.

No Brasil tal teoria já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no qual se entendeu que se deve preservar a denúncia respaldada em prova autônoma, independente da prova ilícita impugnada por força da não observância de formalidade na execução de mandado de busca e apreensão^{xiv} mas a utilização da fonte independente deve ser verificada com muita atenção nos casos concretos expostos, para não levar a desrespeitos aos Direitos e Garantias Fundamentais.

Mas afinal o que seria uma fonte independente e como estaria configurada?

A prova derivada será considerada fonte autônoma, independente da prova ilícita, quando a conexão entre umas e outras for extremamente frágil, de modo que a prova obtida lícitamente não esteja em relação de dependência da prova originariamente ilícita.

A fonte independente permite ao magistrado no exame de ilicitude de uma prova derivada, afastá-la porque, segundo um juízo de probabilidade, a ela se poderia chegar por meios de investigação ou de instrução, normalmente utilizados e mediante observância dos procedimentos estabelecidos em lei, “isso é perigoso, pois possibilita que, em qualquer hipótese, se avenge a viabilidade de a prova derivada ser atingida por forma lícita de investigação, embora ela tenha sido alcançada a partir de uma prova ilícita” (FERNANDES, 2010, p. 88).

Um caso concreto envolvendo a fonte independente é mencionado por Avena, que trabalha inicialmente com os frutos da árvore envenenada para conduzir ao entendimento final:

“Imagine-se que uma testemunha foi ouvida em inquérito policial e posteriormente em processo judicial, após ter sido descoberta em razão de uma interceptação telefônica sem autorização judicial. Nesse caso, haveria uma hipótese de prova ilícita por derivação, pois o depoimento de citada pessoa ficará contaminado com a ilicitude da interceptação telefônica que o possibilitou. Se, no mesmo caso, outra testemunha, antes do oferecimento da denúncia, tivesse comparecido, voluntariamente, perante o Ministério Público e prestado declarações quanto aos fatos, mencionando a existência da testemunha "A", que, então, é arrolada na inicial, não se poderia ter como contaminado o depoimento judicial de "A", visto que esta, de qualquer forma, poderia

ter sido arrolada no processo, mesmo que não fosse a interceptação telefônica clandestina levada a efeito na fase inquisitorial.”(2010, p.489).

Isto ocorre porque, na situação narrada, a testemunha "B" caracteriza-se como fonte independente, fazendo incidir o disposto no art. 157, § 1.º in fine e § 2.º, do CPP, impedindo o reconhecimento da inadmissibilidade por derivação da prova.

Pacelli afirma que a legislação brasileira incorporou erroneamente a idéia de descoberta inevitável a fonte independente:

“Na *descoberta inevitável* admite-se a prova ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita. Exemplo: ainda que ilícito o ingresso da autoridade policial em determinada residência, a eventual descoberta de um cadáver no local não impedirá que se inicie investigação acerca de homicídio (se houver elementos nesse sentido), devendo-se adotar os meios de prova que rotineiramente são utilizados na investigação de crimes dessa natureza.” (2008, p.310)

Magalhães Filho (2008, p.268) afirma que os fundamentos dessas duas exceções à contaminação da prova são evidentemente diversos: na hipótese de haver uma fonte independente, a prova derivada tem concretamente duas origens – uma ilícita e outra lícita, de tal modo que, ainda que suprimida a fonte ilegal, o dado probatório trazido ao processo subsiste e, por isso, pode ser validamente utilizado. Já na situação de descoberta inevitável, a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, por hipótese, que seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita.

Assim, a teoria da fonte independente baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita).

5.2 – DA LIMITAÇÃO DA CONTAMINAÇÃO EXPURGADA (*PURGED TAINT LIMITATION*) OU LIMITAÇÃO DA CONEXÃO ATENUADA (*ATTENUATED CONNECTION LIMITATION*)

Além da fonte independente existem mais duas exceções à teoria da prova ilícita por derivação reconhecidas no direito brasileiro, o primeiro fenômeno é a limitação da contaminação expurgada (*purged taint limitation*), também conhecido como limitação da conexão atenuada (*attenuated connection limitation*).

Trata-se, da hipótese em que, apesar de já estar contaminado um determinado meio de prova em face da ilicitude ou ilegalidade da situação que o gerou, um acontecimento posterior expurga ou afasta esse vício, permitindo-se, então, o aproveitamento da prova inicialmente contaminada.

A teoria da contaminação expurgada originou-se no caso *Wong Sun vs U.S* em 1963, quando policiais de uma delegacia de entorpecentes entraram em um domicílio sem nenhuma causa provável, prendendo ilegalmente A, o qual afirmou que adquiriu a droga de B, os policiais por sua vez prenderam ilegalmente B, que acusou C de ser o vendedor, que também foi preso ilegalmente.

Vários dias depois, após ser solto, no entanto, C procurou voluntariamente a polícia e confessa o envolvimento com o crime durante o seu interrogatório policial. Assim, a Suprema Corte não reconheceu a ilicitude na confissão de C, tendo em vista que sua confissão anterior atenuou ou expurgou a ilegalidade anteriormente verificada (MENDONÇA, 2008, p. 177).

Mendonça registra que:

“Em relação a esta teoria, entendemos que não restou clara a sua adoção pelo legislador, pois, como já dito, há um certo nexó – embora distante – entre a prova colhida e a ilícita. Certamente o caso concreto e a jurisprudência poderão confrontar-se com situações em que o nexó seja tão distante entre a prova ilícita e a obtida que se poderia pensar em um afastamento (ao menos normativo) deste nexó. A depender do caso concreto, a teoria da contaminação expurgada poderia ser enquadrada na hipótese ampla do § 1º do art. 157”. (2008, p. 177)

Ainda com base em tal observação, a adoção de tal teoria no direito brasileiro poderia também criar a hipótese de uma contaminação expurgada fictícia, pois não há garantias de que, como no caso acima mencionado, não ocorra nenhuma coação extrajudicial para que o agente confesse o crime e elimine o vício da ilicitude da prova na origem.

Vale dizer que o que não está no processo, não está no mundo (*quod non est in actis non est in mundo*), assim, além de demonstrar que o fez espontaneamente, caberá à acusação se resguardar de que não houve coação fora do processo para que tal fato ocorresse.

5.3 – DA DESCOBERTA INEVITAVEL (*INEVITABLE DISCOVERY*)

A última exceção é a descoberta inevitável (*inevitable discovery*), hipótese na qual a prova será considerada admissível se evidenciado que ela seria, inevitavelmente, descoberta por meios legais.

Tal teoria foi introduzida em 1984 no julgamento do caso *Nix vs Williams* (NICOLITT, 2009), pela Suprema Corte Americana, nesse caso, a prova obtida por meio ilícito poderá ser valorada desde que se conclua que tal prova inevitavelmente seria descoberta por meio lícito.

Para tanto, deve-se lançar mão de um curso de investigação hipotético, ou seja, se hipoteticamente, for possível chegar-se lícitamente à prova, esta poderá ser admitida, ainda que a ela se tenha chegado, concretamente por meios ilícitos.

O precedente que deu origem a tal hipótese deu-se em um caso no qual através de uma confissão ilegal chegou-se ao local onde o cadáver estava escondido. Todavia, a polícia estava com buscas iniciadas e ajuda de centenas de voluntários, o que levou a Corte a entender que a descoberta do cadáver seria inevitável.

Neste caso, é indiscutível a relação de causa e efeito na descoberta da prova. Não há independência nas fontes, mas aquela Corte entendeu ilegal a confissão, admitindo, todavia, a descoberta do corpo, por ter entendido inevitável, rompendo para ela a relação com a ilegalidade.

Como assinala Mendonça:

“Realmente, se abstraíssemos a prova ilícita, o corpo seria encontrado de qualquer forma, demonstrando que as fontes são independentes, ou seja, afasta-se o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a prova posteriormente produzida.” (2008, p.175)

Nicolitt é enfático ao não concordar com tal teoria ao dizer:

“Não podemos admitir a *inevitable discovery* por uma razão simples. Com a ilicitude na colheita da prova houve efetiva, concreta e atual lesão a direito individual e as marcas desta lesão não podem ser apagadas pela simples possibilidade hipotética de descoberta regular da prova. A simples especulação não pode remover as manchas da violação de normas constitucionais por parte do Estado.” (2009, p. 375)

Antonio Magalhães Gomes Filho (GOMES FILHO, 2008, p.269) diz que na descoberta inevitável são as circunstâncias especiais do caso concreto que permitem considerar que a prova seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita, abrindo as portas para decisões casuísticas no processo penal.

5.4 - EXCEÇÃO DA BOA-FÉ AO PRINCÍPIO DA ILICITUDE (*GOOD FAITH EXCEPTION*)

Pouco abordada no direito brasileiro, a teoria da exceção da boa-fé também surgiu nos

Estados Unidos^{xv}, mais precisamente no caso *US v. Leon* de 1984 quando a Suprema Corte decidiu que um policial que fizesse uma apreensão ilícita atuando na crença da boa-fé de que sua conduta e se tivesse motivos razoáveis para sua crença, tal prova obtida seria admitida em processo. Os dois critérios, portanto, para que uma prova oriunda de uma ilicitude seja considerada lícita, seriam a boa-fé e a crença razoável na legalidade da conduta.

Embora a questão comece a ser tratada timidamente no Brasil, deve ficar consignado que tal exceção guarda estreita relação com o subjetivismo, o que impede sua adoção, posto que em tese, não seria impossível descartar a hipótese de alguma atuação da autoridade policial ou mesmo de policiais, de forma ilícita, mas que alegassem a boa-fé e a crença razoável na legalidade da conduta como forma de legitimar sua conduta.

Além disso, traria enorme insegurança jurídica, posto que não existe no direito brasileiro balizas orientadoras ao que seria a boa-fé na conduta e a crença razoável na legalidade da conduta, podendo originar inúmeras injustiças e decisões em desacordo com a lei.

5.5 – LIMITAÇÃO DA DESTRUIÇÃO DA MENTIRA DO IMPUTADO

Para tal teoria, de origem norte-americana *Walder vs US* de 1954, a prova ilícita, conquanto não seja idônea para comprovar a culpabilidade do acusado, pode ser valorada no sentido de demonstrar que o autor do fato delituoso está mentindo^{xvi}.

No caso citado, o acusado Walder, ao ser perguntado se já tinha tido droga sob sua posse, respondeu negativamente, o que não era verdade, na medida em que, anteriormente, em uma operação considerada ilícita, a polícia havia apreendido em sua casa grande quantidade de heroína (LIMA, 2013, p. 607).

No Brasil não existe nenhum precedente de algum caso parecido e se houvesse a questão deveria ser analisada sob a ótica do direito de defesa, posto que não há para o réu em sede de processo penal a obrigatoriedade de dizer a verdade, além de existir no direito brasileiro o princípio constitucional da presunção de inocência.

Por outro lado, tal prova ilícita poderia influenciar o julgamento do juiz de forma subjetiva, o que geraria instabilidade ao ordenamento jurídico.

6 – CONCLUSÃO

O tema das provas no processo penal é o ponto nevrálgico de um ordenamento jurídico em razão de ser um tema sensível no processo penal que pode atingir diretamente um dos direitos fundamentais individuais mais caros em sociedade: a liberdade.

O filtro constitucional aplicado ao processo penal, partindo desse direito fundamental individual, aponta que o processo penal não pode ser mais visto como sendo meramente um conjunto de normas e princípios que sistematiza e regula os órgãos de jurisdição e seus auxiliares na efetivação de direito de punir estatal.

Mais do que isso, o processo penal também é o instrumento que impede o Estado de exercer o direito de punir ao alvedrio de direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Nesse ponto, o tema das provas ganha relevância, posto que seguindo tais prerrogativas e com base no axioma garantista *nulla acusatio sine probation* não é sequer possível haver acusação sem provas, quanto mais a condenação sem provas, e, ainda que essas provas existam, caso incidam dúvidas sobre elas, o juiz deve absolver o réu, seguindo o princípio do *in dubio pro reo*.

Em relação às provas ilegais e a vedação à obtenção de provas ilícitas bem como à sua utilização em sede de processo, o ponto nevrálgico do processo penal é abalado com o influxo das teorias oriundas de outros países, notadamente dos Estados Unidos.

Essas teorias que foram incorporadas pela jurisprudência em um primeiro momento, passaram a serem positivadas no próprio CPP, em razão das reformas sofridas pelo ordenamento ao longo do tempo.

A primeira teoria (*fruits of poisonous tree theory*), que já vinha sendo adotada pela jurisprudência em algumas decisões criminais, foi positivada no CPP, mas não somente a teoria em si, bem como também, as exceções à tal teoria.

Essas exceções rompem com a ilicitude sequencial, abrindo algumas portas para a manutenção de um processo penal autoritário, deixando a cargo dos juízes decisões baseadas em casuísmos, o que coloca em xeque vários princípios constitucionais direcionados ao indivíduo em sede de processo penal, partindo do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade, bem como ameaçando o arcabouço jurídico do qual todos os outros demais princípios são corolários como o princípio do devido processo legal.

Interessante notar que os Estados Unidos adotam modelos repressivos no que tange a observância das normas penais. Neste mesmo país, após observarem a dimensão que a teoria dos frutos da árvore envenenada tinha tomado, no que se refere à contaminação de provas

ilícitas derivadas, frente a política da tolerância zero no direito penal norte-americano, acabou-se desenvolvendo outras teorias que pudessem atenuar o efeito de uma ilicitude em cascata provocada pela atuação da polícia norte-americana.

Dessa ideia surgiram as teorias exploradas no texto que foram incorporadas no Brasil, que muito embora caminhe para uma instrumentalidade garantista no que tange ao processo penal, não consegue se livrar das exigências pós-modernas, de fazer com que o direito penal e o processo penal dêem respostas efetivas a sociedade, seja incriminando condutas, recrudescendo leis ou buscando teorias que atenuem benefícios consolidados a favor do réu.

Ao incorporar tais teorias no direito brasileiro, o legislador desconsidera a realidade brasileira e cria subterfúgios que impedem a correta aplicação da lei. Mesmo que tenha boas intenções, o fato é que não só as leis, mas a cultura persecutória penal brasileira, embora também impregnada de influências inquisitoriais, está muito distante do direito norte-americano.

Conciliar o CPP filtrado pela constituição brasileira com o que prevê os Estados Unidos em relação às suas normas penais, principalmente no que se refere aos temas criminais, abre um precedente perigoso para a violação de direitos e garantias individuais.

Portanto, mesmo considerando que o princípio relacionado a contaminação das provas lícitas derivadas das ilícitas tenha sido um avanço, o mesmo foi atenuado, tornando-o relacionado a casuística, podendo alargar a tolerância das provas derivadas^{xvii}, impedindo que a teoria dos frutos da árvore envenenada se desenvolva no cenário brasileiro, pois, como dito alhures, a aplicação das teorias que interrompem o ciclo de ilicitude no direito brasileiro dependerá dos casos concretos a serem julgados pelos Tribunais Superiores brasileiros, ficando a cargo do subjetivismo dos julgadores, o que tornará a teoria dos frutos da árvore envenenada sem aplicabilidade e suas mitigações lançadas à casuística, continuando a estimular a insegurança jurídica e a instabilidade processual.

7 – REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

AVENA, Noberto Claudio Pancaro. *Processo Penal Esquematizado* – 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 12 de fevereiro de 2013.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais na Europa*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: Teoria, crítica e práxis*; 6ª ed. Niterói: Impetus, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*; 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*; 7ª ed., Curitiba: Editora Positivo, 2008.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.) *As Reformas no Processo Penal, as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Trad. de Jorge Guerrero, Bogotá: Themis, 1982.

GOSEL, Karl-Heinz. *As proibições de prova no direito processual penal da Republica da Alemanha*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal 2(3)/397-441, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Nulidades do Processo Penal*; 7ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional – 5ª ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.*

MAIER, Julio B. J. *Las prohibiciones de valoracion probatória en el procedimiento penal*, In, BONATO, Gilson (org.) *Processo Penal: Leituras constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.) *As Reformas no Processo Penal, as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*; 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal*. Boletim 188 – julho de 2008, In, http://www.ibccrim.org.br/novo/boletim_artigo/3689-O-tratamento-da-prova-ilicita-na-reforma-processual-penal, acessado em 22 de fevereiro de 2013.

SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, William. *Manual de processo penal constitucional*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 269.

ZILLI, Marcos. *O Pomar e as pragas*. Boletim do IBCCRIM, n. 188, julho 2008

ⁱ - A Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos é a parte da Declaração de Direitos que guarda contra buscas e apreensões. A emenda exige pesquisa e mandados de prisão a ser judicialmente autorizados, devendo estar apoiados por causa provável. Disponível em: http://www.mspc.eng.br/temdiv/const_usa01.shtml. (acesso em 20 de fevereiro de 2013).

ⁱⁱ Em: <http://www.lawschoolcasebriefs.com/Criminal520Procedure/Silverthorne%20Lumber%20Co%20v.%20United%20States%20-%20Case%20Brief.html>. (acesso em 20 de fevereiro de 2013)

ⁱⁱⁱ - CABRAL, Bruno Fontenele. *A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2118, 19 abr. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12658>. (acesso em: 18 fev. 2012, p. 1).

^{iv} - “Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado.” Disponível em: http://www.mspc.eng.br/temdiv/const_usa01.shtml. (acesso em: 20 de fevereiro de 2013).

^v - “A Quinta emenda à Constituição dos Estados Unidos assegura aos norte-americanos o direito de permanecer calado e evitar assim a auto-incriminação, assim como a proteção contra buscas e apreensões descabidas. É comum os americanos invocarem a quinta emenda quando se encontram perante agentes da administração que estão cometendo arbitrariedades ou abuso de poder”. Disponível em: http://www.mspc.eng.br/temdiv/const_usa01.shtml. (acesso em: 20 de fevereiro de 2013).

^{vi} - Além desse caso, existem outros precedentes no direito americano, desenvolvidos na prática jurisprudencial da Suprema Corte dos EUA, como *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939); *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963); *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914); *Payton v. New York*, 445 U.S. 573 (1980).

^{vii} - “O tema também tem discussão na jurisprudência alemã, que tem se manifestado contra o efeito à distancia (*Fernwirkung*) em relação à prova proibida: Entende o BGH, por exemplo, que, se o acusado é confrontado com o resultado de uma gravação ilícita, as declarações daí resultantes não podem ser valoradas como prova; mas se, nas mesmas condições, menciona fatos novos, estes já não constituem prova ilícita”. Em sentido contrário, segundo informa Gossel, “o tribunal tem reconhecido efeito a distancia em casos de interceptação telefônica quando, através de uma operação autorizada para apuração de um dos crimes catalogados, descobre-se uma prova de um outro crime, não relacionado entre os que admitem a interceptação”. GOSSEL, Karl-Heinz. *As proibições de prova no direito processual penal da Republica da Alemanha*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal 2(3)/397-441, 1992.

^{viii} - “O termo *inutilizzabilità* é adotado no Direito italiano para indicar o vício que pode atingir um ato ou documento e também o regime jurídico ao qual o ato viciado fica submetido, ou seja, não poder constituir fundamento de uma decisão judicial (conforme TONINI, Paolo. *La Prova Penale*. 3ª ed., Pádua: CEDAM, 1999, p. 36). A inutilização da prova declarada inadmissível referida no § 3º do art. 157, com a redação da Lei n. 11.690/2008, entretanto, apresenta sentido diverso, tratando-se, em nosso entendimento, de inutilização material. Não constitui, pois, sanção processual.” QUEIJO, Maria Elizabeth. *O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal*. Boletim 188 – julho de 2008, In: http://www.ibccrim.org.br/novo/boletim_artigo/3689-O-tratamento-da-prova-ilicita-na-reforma-processual-penal (acesso em 22 de fevereiro de 2013).

^{ix} - Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749530/habeas-corporus-hc-69912-rs-stf> . (acesso em 20 de fevereiro de 2013)

^x - Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello.

^{xi} - Contrários ao voto do Ministro Sepúlveda Pertence: Ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves e Luiz Gallotti.

^{xii} - Informativo do STF, Brasília, 10 a 14 de junho de 1996, n. 35.

^{xiii} - <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/796/> acessado em 22 de fevereiro de 2013.

^{xiv} - STF, HC-ED 84.679/MS, rel. Min. Eros Grau, j. 30-8-2005, DJ, 30 set. 2005, p. 23. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14736759/embdeclno-habeas-corpus-hc-84679-ms-stf>. (acesso em: 20 de fevereiro de 2012)

^{xv} - Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=468&invol=897> (acesso em: 10 de fevereiro de 2013)

^{xvi} - Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/62/>, acesso em 14 de fevereiro de 2013.

^{xvii} - ZILLI, Marcos. *O Pomar e as pragas*. Boletim do IBCCRIM, n. 188, julho 2008, p.3.