

PROVA ILÍCITA: ADMISSÍVEL OU INADMISSÍVEL?

Débora Minuzzi

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Área de concentração: Teoria Geral da Jurisdição e Processo.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de utilização da prova ilícita. Partindo do pressuposto de que os princípios basilares do direito não devem ser violados, mas que haverá casos nos quais o direito fundamental à prova irrestrito poderá levá-lo a colidir com outros valores do ordenamento pátrio, pretende-se demonstrar as diferentes correntes doutrinárias formuladas sobre a limitação ao uso da prova. Assim, tendo por base o entendimento que viabiliza o uso da prova, desde que feita uma ponderação entre os cânones envolvidos, será verificado o posicionamento do STF e do STJ quanto a sua admissibilidade ou inadmissibilidade.

Palavras-Chave: Prova ilícita. Ponderação de valores. (In)admissibilidade.

Abstract: The current article objective is to analyze the possible utilization of illicit evidence. Beginning from the premise that basic law principles shouldn't be violated, but also taking in consideration that in certain cases the fundamental right to unrestricted access to an evidence could collide with other values of the Brazilian Law, therefore it's the intention to demonstrate all the different doctrinal views formulated about limitations of evidence use. This way, after proper deliberation between the parts involved, having by basis the current understanding that turns viable the evidence use, positioning of the STF and STJ on the matter will then be verified checking its admissibility or inadmissibility.

Keywords: Illicit evidence. Values deliberation. (In)admissibility.

Sumário: 1. Direito à prova e limitações. 1.1. Proibição da prova ilícita e o dissento doutrinário quanto a sua admissibilidade. 2. Possibilidade de utilização da prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro. 2.1. Verdade material e verdade formal. 2.2. Direitos disponíveis e direitos indisponíveis. 2.3. Juízo criminal e juízo cível. 2.4. Ponderação de valores. 2.5. Teoria dos frutos da árvore venenosa. 3. Casuísticas: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. 3.1. Sigilo bancário: autoridade administrativa fiscal e cpi. 3.2. Comunicações telefônicas. 3.2.1. Uso da prova obtida por meio de comunicações telefônicas no juízo criminal como prova emprestada na esfera cível e administrativa. 3.3. Confissão mediante tortura. 3.4. Embriaguez ao volante. 3.5. Investigação de paternidade. 3.6. Provas derivadas. Referências bibliográficas

1. DIREITO À PROVA E LIMITAÇÕES

É totalmente verdadeiro que o sistema processual prevê o direito constitucional à prova, no qual todos os meios de prova aptos a colaborar com a formação do órgão jurisdicional, em regra, devem ser admitidos. Tal direito pressupõe uma “ampla possibilidade de utilização” dos expedientes probatórios disponíveis.¹

Às partes é permitido se servirem, inclusive, das provas atípicas, ou seja, aquelas não determinadas no sistema processual. Em regra, quaisquer meios de prova - estejam ou não tipificados em nosso ordenamento jurídico - podem ser utilizados pelos sujeitos do processo.²

Os autores Michele Taruffo e Gian Antonio Micheli³ lembram, todavia, que o direito à prova é utilizado de forma restrita, já que não são poucas as exceções. Nas suas palavras, “faz-se mister, contudo, constatar-se que as exceções a este princípio são ainda numerosas, e, portanto, este direito é frequentemente realizado de uma forma bastante limitada”.

Há, portanto, limites a sua utilização.

É que o direito à prova não é absoluto, já que a realização de outras garantias constitucionais, com a “preservação de todo o conjunto processual”, é a finalidade última do Estado Democrático de Direito.⁴ As exceções ao uso da prova servem, pois, para assegurar “a própria sobrevivência do sistema jurídico”.⁵

Qualquer pessoa, por exemplo, tem direito a que sua intimidade seja resguardada, devendo, em razão disso, haver restrição à ampla investigação criminal. Do mesmo modo,

¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, ano 23, nº 68, p. 13-27, nov. de 1996. p. 13.

² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 605.

³ TARUFFO, Michele; MICHELI, Gian Antonio. *A prova*. RePro, São Paulo, n. 16, p. 155-168, out./dez. 1979. p. 165.

⁴ PAIM, Gustavo Bohrer. *A Garantia da Licitude das Provas e o Princípio da Proporcionalidade no Direito Brasileiro*. In: As garantias do cidadão no processo civil: relações entre constituição e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 173.

⁵ USTÁRROZ, Daniel. *Provas ilícitas lícitas?* Disponível em < <http://jus.com.br/revista/texto/3056/provas-ilicitas-licitas> > Acesso em 24/05/2012. p. 4.

nos moldes do artigo 406 do CPC,⁶ a testemunha não está obrigada a prestar depoimento, quando lhe acarretar grave dano.⁷

E é justamente por isso, para preservar a sistemática processual e a efetiva fruição dos valores fundamentais, que o uso das provas sofre limitações.

1.1. Proibição da prova ilícita e o dissento doutrinário quanto a sua admissibilidade

A vedação da prova ilícita está delimitada no Código de Processo Civil, no Código de Processo Penal e na Carta Maior.

No Código de Processo Civil, a vedação da prova ilícita está disciplinada no artigo 332. Diz o dispositivo que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

No Código de Processo Penal, a proibição da prova ilícita está estabelecida no artigo 157. Diz o dispositivo que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Na Constituição Federal, a vedação da prova ilícita está prevista no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Pois bem, mas o que é prova ilícita?

A prova ilícita não se confunde com a prova ilegítima. A diferença entre ambas, de acordo com a jurisprudência firmada, decorre tanto da natureza do direito violado quanto do momento de sua violação.⁸

⁶ “Art. 406 - A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consangüíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.”

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas...* p. 14.

⁸ Leia-se, a propósito, parte da ementa:

“I - Prova ilícita é a que viola normas de direito material ou os direitos fundamentais, verificável no momento de sua obtenção. Prova ilegítima é a que viola as normas instrumentais, verificável no momento de sua processualização” (grifo nosso).

BRASIL, Segunda Câmara Especial Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70004590683*. Apelante: H H. Apelado: P A R A. Relator: Des. Nereu José Giacomolli. Julgado em 09/12/2002. Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br> > Acesso em 28/05/2012.

A prova será ilegítima, quando violadas normas processuais, o que se dá no momento de sua introdução no processo. Será ilegítima a prova quando, no momento de sua introdução no processo, houver violação a uma norma processual. Pode-se trazer como exemplo de prova ilegítima o “depoimento de testemunha impedida”.⁹

A prova será ilícita, quando violadas normas de direito material (direitos fundamentais), o que se dá no momento de sua formação. Será ilícita a prova quando, no momento de sua obtenção, houver violação a um direito fundamental. A confissão obtida mediante tortura – física ou psicológica - serve como exemplo de prova ilícita.¹⁰

A violação de domicílio (artigo 5º, inciso XI, CF/88), de correspondência e de comunicações telegráficas (artigo 5º, inciso XII, CF/88) será prova ilícita quando não autorizada judicialmente. Este, inclusive, é o entendimento dos Tribunais Superiores.

A prova ilegítima não será admitida em qualquer hipótese, porque sua “ilegalidade produz nulidade do ato e ineficácia da decisão”. Já, a prova ilícita “comporta um amplo dissídio acerca de sua admissibilidade”.¹¹ São quatro, pois, as correntes doutrinárias que tratam do assunto.

A primeira corrente doutrinária defende a admissibilidade da prova ilícita. Para essa teoria, o afastamento da prova ilícita do processo apenas se dará quando permitido pelo ordenamento jurídico, tendo-se a necessidade, no entanto, de punir o responsável pelo ato.¹²

A segunda, diametralmente oposta à primeira, entende que a prova ilícita deve ser inadmitida em qualquer hipótese. É que a admissão da prova obtida por meio ilícito violaria, do mesmo modo, outros direitos fundamentais, tais como, à liberdade, à intimidade, dentre outros.¹³ Para essa teoria, é inconcebível admitir que “a punição de um criminoso seja obtida à custa de ofensas a direitos da liberdade ou da intimidade”.¹⁴

⁹ PAIM, Gustavo Bohrer. *A Garantia da Licitude...* p. 175-176.

¹⁰ PAIM, Gustavo Bohrer. *A Garantia da Licitude...* p. 175-176.

¹¹ Abaixo, parte da ementa no que interessa:

“Enquanto a ilegalidade advinda da ilegitimidade produz a nulidade do ato e a ineficácia da decisão, a ilicitude comporta um importante dissídio acerca de sua admissibilidade ou não, o que vai desde a sua inadmissibilidade, passando da admissibilidade à utilização do princípio da proporcionalidade.” (grifo nosso).

BRASIL, Segunda Câmara Especial Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70004590683*. Apelante: H H. Apelado: P A R A. Relator: Des. Nereu José Giacomolli. Julgado em 09/12/2002. Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br> > Acesso em 28/05/2012.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 172-173.

¹³ PAIM, Gustavo Bohrer. *A Garantia da Licitude...* p. 177.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade...* p. 173.

A terceira corrente doutrinária, assim como a segunda, defende a inadmissibilidade da prova ilícita, tendo por base razões diferentes. Para essa teoria, “a ilicitude da prova é conceito geral de direito e, uma vez admitida a prova ilícita, todo o ordenamento jurídico restará viciado e não apenas o direito material”.¹⁵

A quarta corrente doutrinária, na qual se filiamos, admite, em hipóteses específicas, a utilização da prova obtida por meio ilícito, aplicando o princípio da proporcionalidade no caso concreto. Nessa, a inadmissibilidade da prova ilícita é a regra, e a exceção é o emprego do princípio da proporcionalidade.¹⁶

2. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. Verdade material e verdade formal

Já dizia Francesco Carnelutti,¹⁷ que “a verdade é como a água: ou é pura, ou não é verdade.” Não existe verdade parcial: “ou se busca de tudo, ou seja, busca-se até que a encontre, ou o que se busca não é a verdade”.

A reconstrução de um acontecimento pretérito, por ser um fato único, não se dará na sua plenitude, já que várias são as maneiras que ele pode ser interpretado. É que o mesmo objeto poderá ter mais de uma interpretação, dependendo de quem a realiza, razão pela qual inexiste verdade absoluta no processo.¹⁸

Nas palavras de Francesco Carnelutti,¹⁹ o processo serve “como fixação ou determinação dos próprios fatos, que pode coincidir ou não com a verdade dos mesmos e que permanece por completo independente deles”.

A busca pela reconstrução da realidade, ainda, não deve ser incondicionada, sacrificando os cânones constitucionais. Não se pode aceitar que o direito à prova viole os direitos fundamentais. Por esse motivo, a utilização de meios ilícitos com o simples

¹⁵ PAIM, Gustavo Bohrer. *A Garantia da Licitude...* p. 177.

¹⁶ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 83-84.

¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: BOOKSELLER, 2001. p. 52.

¹⁸ USTÁRROZ, Daniel. *Provas ilícitas lícitas...* p. 2.

¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: BOOKSELLER, 2001. p. 48.

objetivo de buscar a verdade absoluta é inconcebível, sendo a própria garantia da licitude da prova limitadora a esta.²⁰

A verdade de que trata o processo, portanto, é a verdade formal, no sentido de sofrer limitações. Além de serem várias as formas de interpretação que podem ser formuladas sobre uma mesma situação fática, calhando na inexistência da verdade absoluta, não poderão ser sacrificados os princípios basilares do direito na busca pela verdade real.

Na expressão utilizada por José Maria Rosa Tesheiner,²¹ a verdade formal quer dizer que “o processo se contenta com uma aparência da verdade”.

Pode-se pensar, em última análise, que a verdade relativa do processo é a “verdade provável”, em que se “estabelece conclusões prováveis a determinado caso concreto”. Aqui, a verdade relativa pode ser compreendida como “sinônimo de probabilidade”. Ou seja, “grau de confirmação relativamente maior em que o juiz escolhe o enunciado como verdadeiro”, tendo por base as provas disponíveis.²²

2.2. Direitos disponíveis e direitos indisponíveis

Não tem voga a afirmação de que o processo penal persegue a verdade real, e o processo civil, a verdade relativa, porque a verdade absoluta é - como já analisado no item anterior - inalcançável a qualquer processo. A verdade material não existe em nenhum processo, seja ele de natureza criminal ou cível. Não há, pois, como se reportar a um fato histórico pretérito, da mesma forma como se sucedeu.

Assim, José Carlos Barbosa Moreira²³ entende que “dizer que o processo penal busca a chamada verdade real, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada verdade formal, é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas”.

Como diz Ada Pellegrini Grinover,²⁴ “a diferença entre verdade real e verdade formal reflete apenas na distinção entre processo disponível e indisponível”, visto que tanto o processo civil quanto o processo penal tratam de direitos constitucionais.

²⁰ PAIM, Gustavo Bohrer. *A Garantia da Licitude...* p. 172-174.

²¹ TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 48.

²² TARUFFO, Michele. *Verità e probabilità nella prova dei fatti*. Revista de Processo, São Paulo, nº 154, p. 207-222, 2007. p. 218-221.

²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas...* p. 23.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade...* p. 180.

É que ambos, o processo penal e o processo civil, estão envoltos de direitos relevantes (indisponíveis). Se, na esfera penal, por exemplo, se encontram direitos ligados à liberdade da pessoa, na esfera civil têm-se direitos que envolvem a família (como investigação de paternidade e ação de alimentos) e a capacidade jurídica do indivíduo, direitos esses não menos importantes que a liberdade do indivíduo.²⁵

O que importa é que o uso de uma prova obtida por meio ilícito seja imprescindível à preservação de um bem jurídico maior.

Tratando-se de processo penal, a utilização da prova ilícita não se dá, por exemplo, para o furto de uma camiseta. Já, poderá ser utilizada para a quebra de uma correspondência, quando esse meio for apto à revelação do local do cativo de uma pessoa sequestrada.

Caso, no juízo cível, por meio de um grampo telefônico, se descubra que houve erro na receita de determinado produto, com a utilização de sódio acima do permitido, tendo o fabricante do produto afirmado, de acordo com o grampo, que o colocará no mercado, dentro do prazo máximo de 48 horas, mesmo fora dos padrões exigidos pela ANVISA, o Ministério Público, nesta hipótese, poderá ajuizar Ação Civil Pública, com base nessa prova, ainda que obtida por meio ilícito. O juiz muito provavelmente concederá a liminar, não permitindo que o produto contaminado e prejudicial à saúde humana seja distribuído para o consumo da população. Garante-se, assim, o bem-estar da sociedade.

Ainda, dentro da esfera cível, a utilização da prova ilícita não estará autorizada quando, por exemplo, o direito fundamental à intimidade for violado para a comprovação do nexo causal em uma ação de indenização por danos morais e materiais no JEC.

O que interessa para o uso da prova ilícita é o caso concreto e não a disponibilidade do bem penal ou civil. Uma vez comprovado que o direito a ser preservado é maior que o direito violado com a prova ilícita, ela deve ser admitida tanto em processo civil quanto em processo penal.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p. 31-32.

2.3. Juízo criminal e juízo cível

No processo penal, o STJ firmou entendimento no qual a prova obtida por meio ilícito deverá ser admitida para a defesa do réu. Na esfera criminal, é garantia do réu a ampla defesa material,²⁶ sendo sempre admitida a utilização da prova ilícita à sua defesa.²⁷

Este, inclusive, é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero.²⁸ Dizem os autores que, “a proeminência do direito à liberdade diante do Estado justifica a sua utilização”.

Não há dúvida de que a prova obtida por meio ilícito deverá sempre ser admitida para a defesa do réu, assegurando a ampla defesa material e o princípio da presunção da inocência. Em verdade, há uma ampla defesa substancial no processo penal, dado o bem jurídico que se tutela e a possibilidade de invasão na vida do acusado.

Quando a prova ilícita é usada pela acusação no processo penal, sua utilização, em vista do bem jurídico tutelado, deve ser vista com parcimônia. Por isso, somente poderá ser admitida quando a proporcionalidade, vista no caso concreto, direcionar para outros valores os quais devam preponderar no caso concreto. Em outras palavras, quando o delito criminal seja de tamanho acento que se sobreponha ao direito violado pela prova ilícita utilizada.

Por outro lado, os autores, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²⁹ entendem que “há proibição absoluta de emprego de prova ilícita para corroborar alegações da acusação”.

²⁶ Inciso LV do artigo 5º da CF: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

²⁷ Senão vejamos:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 121, DO CÓDIGO PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. AUTOR DA GRAVAÇÃO QUE NÃO A REALIZOU PARA A PRÓPRIA DEFESA E, TAMPOUCO, EM RAZÃO DE INVESTIDA CRIMINOSA. INDEVIDA VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE. ILICITUDE DA PROVA.”

“I - No ‘Supremo Tribunal, não tem voga a afirmação apodítica dessa licitude (licitude da gravação de conversa realizada por um dos interlocutores), (...): a hipótese de gravação de comunicação telefônica própria, sem ciência do interlocutor, tem sido aqui examinada caso a caso, e ora reputada prova ilícita, por violação da privacidade (...), ora considerada lícita, se utilizada na defesa de direito do autor ou partícipe da gravação, em especial, se vítima ou destinatária de proposta criminosa de outro (...).’ (cf, HC 80949-9/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 14/12/2001).” (grifo nosso)

BRASIL, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 57.961/SP. Impetrante: A J S. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: M C C. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgado em 21/06/2007. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 15/09/2012.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 659.

Na esfera cível, tem-se a possibilidade de utilização da prova ilícita, desde que seja feita uma ponderação entre os valores conflitantes. Em hipóteses específicas, quando aplicado o princípio da proporcionalidade dentro do caso concreto, poderá admitir a prova ilícita no processo para a preservação de um dos direitos conflitantes.

2.4. Ponderação de valores

Dado que nenhum direito fundamental é absoluto e que, por vezes, há um conflito entre valores constitucionais, surge o princípio da proporcionalidade, embora não expresso na Constituição Federal de 1988, para assegurar a segurança jurídica necessária à relativização de um dos direitos conflitantes.³⁰

Como regra, tem-se, no entanto, a proibição da admissibilidade da prova obtida por meio ilícito e, como exceção, a aplicação do princípio da proporcionalidade, levando-se em conta a necessidade, a adequação e a ponderação entre os direitos colidentes, sempre à luz do caso concreto.

A prova deve ser necessária – no sentido de relevante para o processo - para comprovar a pretensão. É inviável produzir prova “para comprovação da culpa em uma ação de separação”, quando não há investigação de culpa na dissolução conjugal.³¹ Ou, aquele pai que tenta provar a ausência de culpa *in vigilando*, quando o atual Código Civil atribui a ele responsabilidade objetiva.

O meio da prova deve ser apto à prossecução da finalidade requerida. Nada adianta, por exemplo, fazer prova testemunhal, quando o ordenamento jurídico exige prova documental.³² Ou, na Justiça do Trabalho, tentar provar que determinada atividade é insalubre mediante prova testemunhal.

A colisão tem de ser resolvida com base em uma ponderação entre os princípios colidentes, identificando no caso concreto qual dos interesses tem maior peso.³³ Estará autorizada a utilização da prova ilícita, quando comprovado que o direito a ser preservado se sobrepõe ao violado. A violação do sigilo de correspondência - direito fundamental à

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito...* p. 659.

³⁰ PAIM, Gustavo Bohrer. *A Garantia da Licitude...* p. 177-178.

³¹ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos...* p. 85.

³² PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos...* p. 85.

³³ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos...* p. 86.

intimidade - somente estará autorizada, quando esta for a única forma possível de combater a origem de um tráfico de drogas.

Pode-se trazer, como exemplo de balanceamento de valores constitucionais, o caso da atriz mexicana, Glória Trevi, julgado pelo Pleno do STF.³⁴ Ela engravidou no período em que estava presa, à espera de extradição, na Superintendência da Polícia Federal brasileira. E tanto a população brasileira quanto a estrangeira passou a pensar, na época, que algum dos policiais federais, responsáveis pela sua custódia, lhe tivesse estuprado.

Os policiais federais que “laboravam na prisão durante a concepção” requereram que ela e o nascituro, “no momento de seu nascimento”, fossem submetidos à “coleta de material genético, com o intuito de fazer prova pericial de paternidade”. Isso, porque a possibilidade de ter havido um estupro dentro da prisão feriria cabalmente os direitos fundamentais à honra e à imagem não só dos policiais federais envolvidos como de toda a categoria. Para tanto, “cinquenta policiais federais, supostos envolvidos, forneceram espontaneamente o material biológico para a realização do exame de DNA”.

A requerida, no entanto, alegou que tem o direito de não ser compulsoriamente submetida à “coleta do material biológico materno e material biológico da criança”. Não violando, assim, os direitos fundamentais da intimidade e da vida privada.

³⁴ A propósito, leia-se a ementa do acórdão:

“Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. *Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda.* 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. *Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente.* 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. *Bens jurídicos constitucionais como ‘moralidade administrativa’, ‘persecução penal pública’ e ‘segurança pública’ que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho.* 8. *Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal.* 9. *Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do ‘prontuário médico’ da reclamante.*” (grifo nosso).

BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. *Rcl 2.040-1 QO/DF*. Reclamante: G L A T R. Reclamado: Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgado em 21/02/2002. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

A controvérsia cinge-se em saber se é lícita sua submissão forçada para a realização do exame.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, no dia 21 de fevereiro de 2002, entendeu que há uma colisão de direitos fundamentais entre a intimidade e a vida privada da requerida e a honra e a imagem³⁵ dos servidores da Polícia Federal como Instituição.

Em nome da descoberta da verdade absoluta quanto à genética da criança (a qual somente poderá ser encontrada mediante a realização de exame – DNA - capaz de proporcionar 99,9% de certeza), o STF firmou entendimento de que não só os direitos à honra e à imagem dos policiais federais, como também o “direito à real identidade física da criança”, prevaleceram em relação aos da intimidade e aos da vida privada da requerida.

É que a imagem do Brasil foi afetada internacionalmente - já que envolvido tanto o Brasil quanto o México, porque a requerida é de nacionalidade mexicana e os requerentes, brasileiros -, sendo imperiosa a realização deste exame para a proteção da dignidade nacional brasileira no plano externo, preservando, como lançado na ementa, o “bem jurídico constitucional da moralidade administrativa”.

Por outro lado, não havendo conflito entre direitos fundamentais, pode-se trazer uma Ação de Investigação de Paternidade,³⁶ na qual foi deferida pelo juízo ordinário a utilização de gravação de conversa telefônica entre a autora e testemunha devidamente arrolada e, em ato contínuo, designada audiência de instrução e julgamento com a inquirição desta testemunha. Tal audiência foi marcada para conferir o “reconhecimento ou não da autenticidade da fita”.

Tem-se – consoante acórdão supracitado - “um reforço de depoimento”. A gravação da conversa telefônica não foi requerida para a “substituição do depoimento da testemunha”, visto que de qualquer forma seu testemunho seria prestado em futura

³⁵ Inciso X do artigo 5º da CF: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

³⁶ Abaixo, a ementa do acórdão:

“Processo civil. Prova. Gravação de conversa telefônica feita pela autora da ação de investigação de paternidade com testemunha do processo. Requerimento de juntada da fita, após a audiência da testemunha, que foi deferido pelo juiz. Tal não representa procedimento em ofensa ao disposto no art. 332 do Cód. de Pr. Civil, pois aqui o meio de produção da prova não é ilegal, nem moralmente ilegítimo. Ilegal é a interceptação, ou a escuta de conversa telefônica alheia. Objetivo do processo, em termos de apuração da verdade material (a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa). Recurso especial não conhecido. Votos vencidos.” (grifo nosso).

BRASIL, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 9.012/RJ*. Recorrente: A S. Recorrido: M M S. Relator: Ministro Nilson Naves. Julgado em 24/02/1997. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

audiência. Por isso, tal decisão restou confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e, por maioria, pelo STJ.

No caso em tela, portanto, não houve colisão de direitos fundamentais, mas também não foi admitida uma prova produzida por meio ilícito. É que, de acordo com o aresto, a prova obtida mediante gravação de conversa telefônica entre a autora da ação e a testemunha foi considerada lícita, servindo apenas como reforço *probandi*.

2.5. Teoria dos frutos da árvore venenosa

A Teoria dos Frutos da Árvore Venenosa (*The Fruits of the Poisonous Tree*), desenvolvida pela Suprema Corte Americana, estabelece que o vício da árvore originária contamina os frutos dela decorrentes. Por outras palavras, a prova ilícita vicia as provas que dela derivam.

Tais provas, contaminadas pela planta viciada inicial, são denominadas de provas ilícitas por derivação. As provas ilícitas por derivação são, pois, as que entram no processo por meio de “informação obtida pela prova ilicitamente colhida”. São aquelas que restaram contaminadas em face da árvore viciada.³⁷

A Suprema Corte Americana conferiu algumas exceções, para que as provas derivadas da ilícita não fossem consideradas provas viciadas, acarretando, dessa forma, a sua descontaminação.

São dois os critérios: Limitação da Fonte Independente (*The Independent Source Limitation*) e Limitação da Descoberta Inevitável (*The Inevitable Discovery Limitation*).

Pelo primeiro critério, Fonte Independente de Prova, estabelecido no caso “*Bynum v. US. e US. v. Crews*”, tem-se que as provas obtidas por meio de uma violação serão consideradas lícitas, quando provadas por uma fonte independente.³⁸ Ou seja, “se a prova derivada poderia ter sido produzida independentemente da prova ilícita”.³⁹

Pelo segundo critério, Descoberta Inevitável, estabelecido no caso “*Nix v. Williams*”, as provas derivadas poderão ser descontaminadas, caso sua descoberta seja

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antônio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 135.

³⁸ KNIJNIK, Danilo. *A “Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa” e os discursos da Suprema Corte na Decisão de 16-12-93*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 66, p. 61-84, 1996. p. 76.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito...* p. 660.

inevitável. É imprescindível, assim, que outros meios acarretem o descobrimento do fato originado na prova derivada,⁴⁰ “rompendo-se o nexa causal entre elas”.⁴¹

Além desses dois critérios fixados pela Suprema Corte Americana, o autor, Danilo Knijnik,⁴² faz referência a mais três hipóteses de descontaminação das provas derivadas: “Limitação da Descontaminação; Limitação da Boa-Fé; Limitação da Expectativa Legítima e Pessoal”.

Com o advento da Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, o Código de Processo Penal brasileiro, em seu §1º do artigo 157, passou, contudo, a disciplinar esses dois requisitos como elementos necessários à descontaminação das provas derivadas das ilícitas. Diz o dispositivo: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexa de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

3. CASUÍSTICAS: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

3.1. Sigilo bancário: autoridade administrativa fiscal e cpi.

O artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, o qual dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, estabelece que “as autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros, e registros de instituições financeiras, inclusive, os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”.

Esse artigo foi devidamente regulamentado pelo §1º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001.

⁴⁰ KNIJNIK, Danilo. *A “Doutrina dos Frutos...”* p. 77-78.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito...* p. 660.

⁴² KNIJNIK, Danilo. *A “Doutrina dos Frutos...”* p. 83.

Em 15 de outubro de 2010, no entanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, no Recurso Extraordinário nº 389.808/PR,⁴³ que a cláusula de reserva de jurisdição impede a quebra de sigilo bancário pela Receita Federal.

Ficou pacificado neste RE, que o Poder Judiciário e a CPI possuem competência para a quebra de sigilo bancário.

A CPI pressupõe, no entender do RE, uma espécie de “transferência de sigilo”, dado que seus integrantes deverão manter silêncio quanto às informações obtidas, inclusive sob pena de responsabilização, e demonstrar a necessidade para tal ato, em decisão motivada.

Nas palavras do Ministro Dias Toffoli, “não há que se falar em quebra de sigilo pela CPI, há que se falar em transferência do dever de manter o sigilo, porque a quebra é crime, é ilícito”.

Conforme entendimento do STF, embora o §3º do artigo 58 da CF/88⁴⁴ estabeleça que “as comissões parlamentares de inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”, existem determinados atos, que têm tanta lesividade à esfera individual, que necessitam ser proferidos exclusivamente pelo Poder Judiciário, respeitando, assim, o postulado da reserva constitucional de jurisdição.

Dessa forma, a CPI não tem competência para fazer busca domiciliar e quebra de sigilo de comunicações telefônicas. Resta ressalvado pelo Tribunal Pleno do STF que a quebra de sigilo bancário estaria dentro dos poderes próprios da CPI.

Deve ser lembrado que esta questão ainda é objeto de análise na Ação Direta de Inconstitucionalidade sob o nº 2.390.

Assim, enquanto não julgada a mencionada ADI, a prova produzida por quebra de sigilo bancário tanto pelo órgão jurisdicional quanto pela CPI é considerada prova lícita.

⁴³ BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. *RE nº 389.808/PR*. Requerente: G V A. Requerida: União. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 15/10/2010. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

⁴⁴ “§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

3.2. Comunicações telefônicas

As comunicações telefônicas estão disciplinadas no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e a Lei nº 9.296/1996 as regulamenta. Os tipos de comunicações telefônicas são interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação telefônica.

A interceptação telefônica é feita por um interceptador sem o consentimento dos dois interlocutores.

Em 18 de outubro de 2011, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 103-418/PE,⁴⁵ entendeu que não é ilícita a prova produzida por meio de interceptação telefônica na hipótese de este ser o “único meio de prova apto à apuração do fato delituoso”, devendo, no entanto, ser autorizada pelo juízo competente em decisão motivada, respeitando, assim, os termos da Lei nº 9.296/1996.

A escuta telefônica é feita por um interceptador com o consentimento de um dos dois interlocutores.

Em 17 de maio de 2011, por exemplo, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 106-244/RJ,⁴⁶ posicionou-se a favor do desentranhamento do processo das provas produzidas mediante escuta telefônica não acobertada por autorização judicial.

⁴⁵ Senão vejamos:

“1. *É da jurisprudência da Corte o entendimento de que “é lícita a interceptação telefônica, determinada em decisão judicial devidamente fundamentada, quando necessária, como único meio de prova, à apuração do fato delituoso”* (HC nº 105.527/DF, Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, Dje de 13/5/11).”

(...)

“De outra parte, verifico que a decisão do Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Caruaru/PE autorizando o procedimento em questão encontra-se devidamente fundamentada, indicando com clareza a situação objeto da investigação e a necessidade da medida.” (grifo nosso)

BRASIL, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 103.418/PE. Paciente: M S L. Paciente: J B R O. Impetrante: M S L. Impetrante: J B R O. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 18/10/2011. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

⁴⁶ A propósito, leia-se parte do acórdão no que interessa:

“1. *As referências às escutas telefônicas empreendidas sem autorização judicial, por ilícitas, devem ser desentranhadas dos autos, na esteira do que determina o inciso LVI do art. 5º da Constituição da República. Precedentes.*”

(...)

“Para descaracterizar qualquer alegação de inidoneidade da apuração no malfadado período de sete dias, o acórdão combatido determinou o desentranhamento da prova obtida no referido intervalo, para que fosse desconsiderada pelo juízo.” (grifo nosso).

BRASIL, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 106.244/RJ. Paciente: J C P & V M C. Impetrante: W A M J. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 17/05/2011. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

A gravação telefônica é feita por um dos dois interlocutores com ou sem o consentimento do outro.

Em 21 de junho de 2007, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* nº 57-961/SP,⁴⁷ entendeu que é ilícita a prova obtida por meio de gravação telefônica, sem o consentimento de um dos interlocutores, quando não utilizada para a legítima defesa da vítima.

Em 25 de outubro de 2011, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 630.944/BA,⁴⁸ entendeu que a inexistência de “causa legal específica de sigilo ou de reserva da conversação” é pressuposto necessário para que a prova produzida por meio de gravação telefônica, sem o consentimento de um dos interlocutores, não seja considerada ilícita.

⁴⁷ *In verbis*:

“I - No ‘Supremo Tribunal, não tem voga a afirmação apodítica dessa licitude (licitude da gravação de conversa realizada por um dos interlocutores), (...): a hipótese de gravação de comunicação telefônica própria, sem ciência do interlocutor, tem sido aqui examinada caso a caso, e ora reputada prova ilícita, por violação da privacidade (...), ora considerada lícita, se utilizada na defesa de direito do autor ou partícipe da gravação, em especial, se vítima ou destinatária de proposta criminosa de outro (...).’ (cf, HC 80949-9/RJ, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 14/12/2001).”

“II - Portanto, a análise da licitude ou não da gravação de conversa por um dos interlocutores sem a ciência do outro deve ser casuística, i.e., deve ser caso a caso.”

“III - No caso em tela, a gravação da conversa telefônica foi realizada pela amásia do réu, tão-somente com o intuito de responsabilizá-lo pelo crime, uma vez que a vítima do homicídio era pessoa com quem ela mantinha relação amorosa. Dessa forma, como se percebe, tal prova (gravação telefônica) foi colhida com indevida violação de privacidade (art. 5º, X, da CF) e não como meio de defesa ou em razão de investida criminosa, razão pela qual deve ser reputada ilícita.” (grifo nosso).

BRASIL, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 57.961/SP. Impetrante: A J S. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: M C C. Julgado em 21 de junho de 2007. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

⁴⁸ *In verbis*:

“1. É lícita a prova produzida a partir de gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, quando não existir causa legal de sigilo ou de reserva da conversação.”

“2. Não caracteriza cerceamento de defesa a decisão que, motivadamente, indefere determinada diligência probatória. Precedentes: AIs 382.214, da relatoria do ministro Celso de Mello; e 144.548-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence.” (grifo nosso).

BRASIL, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. *RE 630.944 AGR /BA*. Agravante: L A A S. Agravado: A S F. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 25/10/2011. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

3.2.1. Uso da prova obtida por meio de comunicações telefônicas no juízo criminal como prova emprestada na esfera cível e administrativa.

A Constituição Federal de 1988, em seu inciso XII do artigo 5º, permite a prova produzida por meio de comunicações telefônicas (interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação telefônica) apenas no processo penal.

Diz o dispositivo que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, regula a parte final desse inciso.

É proibida, como se vê, a utilização da prova produzida mediante comunicações telefônicas no juízo criminal como prova emprestada no juízo cível. Isso, porque a parte final do dispositivo menciona que sua violação se dá apenas nos casos de “investigação criminal ou instrução processual penal”.⁴⁹

Nelson Nery Junior,⁵⁰ contudo, admite seu uso no processo civil em nome da “unidade da jurisdição e da teoria geral da prova”, desde que “a escuta tenha sido determinada para servir de prova direta no juízo criminal” e “a parte contra quem vai ser produzida tenha efetivamente participado do processo”.

Mas a prova produzida por meio de comunicações telefônicas na esfera criminal serve como prova emprestada em processo administrativo disciplinar?

Para o STJ,⁵¹ ela poderá ser utilizada quando: a) estabelecida a conduta do servidor no indiciamento; b) sua produção tenha preenchido os ditames estabelecidos na Lei nº

⁴⁹ Nesse sentido, Gustavo Bohrer Paim. *A Garantia da Licitude...* p. 168.

⁵⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 203.

⁵¹ *In verbis*:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. POLICIAL RODOVIÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO MINUCIOSA DOS FATOS INVESTIGADOS E CAPITULAÇÃO NA PORTARIA INAUGURAL. DESNECESSIDADE. SUSPEIÇÃO DA COMISSÃO PROCESSANTE. INOCORRÊNCIA. USO DE PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEGALIDADE. FORMAÇÃO DE CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO.”

“1. Mandado de segurança contra ato do Sr. Ministro de Estado da Justiça, que implicou na demissão do impetrante dos quadros de pessoal do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, em decorrência de apuração da prática das condutas descritas nos artigos 117, IX e XII e 132, IV e XI, da Lei nº 8.112/90, no âmbito de processo administrativo disciplinar.”

(...)

9.296/96; c) motivada a autorização pelo juiz competente; d) notificado o impetrante para “a instauração do processo administrativo e para o ato do interrogatório”.

3.3. Confissão mediante tortura

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso em *Habeas Corpus* nº 25.475/SP,⁵² entendeu que a confissão somente será considerada válida quando não comprovado no processo “que a pessoa tenha sofrido qualquer tipo de violência física ou psicológica”.

A confissão deve ser considerada prova ilícita, caso tenha sido obtida mediante violência física ou psicológica. A autoridade policial não pode, sequer, colocar o acusado em uma posição de conforto, com o intuito de obter a sua confissão sobre a autoria do crime.

Contudo, pensa-se que não poderá ser considerada prova ilícita, se, em razão disso, fosse, por exemplo, encontrada a arma do crime. Dessa forma, será preservado o interesse da sociedade.

“5. No caso dos autos, considerando que: i) a conduta do servidor foi devidamente especificada no despacho de indiciamento, ii) a interceptação telefônica foi concretizada nos exatos termos da Lei 9.296/96, iii) as decisões judiciais que autorizaram e prorrogaram as escutas foram devidamente motivadas, e iv) o impetrante foi regularmente notificado da instauração do processo administrativo e para o ato do interrogatório e apresentou defesa, regular e oportunamente, é de se concluir que o PAD em questão observou todos os princípios processuais e os requisitos legais, não existindo nulidade a ser declarada.” (grifo nosso).

BRASIL, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 15.823/DF*. Impetrante: L A F E. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Interessado: União. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 10/08/2011. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

⁵² Senão vejamos:

“1. Constam dos autos vários laudos do IML, inclusive o referente à data em que se deu a prisão temporária do recorrente, nos quais não há qualquer relato ou descrição de lesões ou de violência à sua integridade física, informação confirmada por depoimentos colhidos em juízo.”

“2. A assertiva de que o recorrente teria sido vítima de tortura para que confessasse a prática delituosa encontra-se isolada nos autos, não havendo comprovação de que tenha sofrido qualquer tipo de violência física ou psicológica.”

“3. Após confessar informalmente a autoria do latrocínio, o recorrente foi qualificado e interrogado na presença de duas testemunhas, constando do termo a circunstância de que foi devidamente cientificado e advertido dos seus direitos, fato também confirmado pelos testemunhos judiciais, o que afasta a afirmação de que não teriam sido observadas as garantias constitucionais de manter-se em silêncio e de se consultar com advogado.” (grifo nosso)

BRASIL, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus nº 25.475/SP*. Recorrente: A R. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 16/09/2010. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

3.4. Embriaguez ao volante

Em 3 de maio de 2012, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* nº 186.476/MG,⁵³ entendeu que o artigo 306 do Código Brasileiro de Trânsito, dada a nova redação determinada pela Lei nº 11.705/2008, “incluiu uma nova elementar ao tipo, ou seja, a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas”.

Só dessa maneira, portanto, com a realização do exame de ar alveolar pulmonar ou de sangue, é que o fato poderá ser considerado típico. Caso contrário, não havendo a incidência de seis ou mais decigramas de concentração de álcool no sangue, o fato será considerado atípico.

A questão do exame do bafômetro não tem maiores discussões, uma vez que ninguém é obrigado a produzir prova contra si - *nemo tenetur se detegere* -, e o não fazer (teste do bafômetro) é facultativo.

3.5. Investigação de paternidade

Em 10 de novembro de 1994, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 71.373-4/RS,⁵⁴ entendeu, por maioria, que o investigado não poderá ser

⁵³ Confira-se, a propósito, parte da ementa no que interessa:

“III. Trata-se de elementar objetiva, que estabelece valor fixo para a configuração do delito, de modo que para sua comprovação é necessária aferição técnica apta a estipular numericamente a concentração de álcool por litro de sangue do acusado. Precedentes.”

“IV. Matéria submetida ao crivo da 3ª Sessão desta Corte, no dia 28 de março de 2012, na ocasião do julgamento do RESP 1.111.566/DF, a qual pacificou a questão decidindo que apenas o teste do bafômetro ou o exame de sangue podem atestar o grau de embriaguez do motorista para desencadear uma ação penal.” (grifo nosso).

BRASIL, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 186.476/MG. Impetrante: R L A F & outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: J L S. Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgado em 03/05/2012. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

⁵⁴ Confira-se:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU ‘DEBAIXO DE VARA’. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.” (grifo nosso).

BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. *HC* nº 71.373-4/RS. Paciente: J A G P M. Impetrante: J A G P M. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Francisco Rezek. Julgado em 10/11/1994. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

compelido sob Vara, caso, intimado à realização do exame de investigação de paternidade, não cumpra a determinação.

Nesse caso, tem-se uma colisão de valores fundamentais – “da intangibilidade do corpo humano e intimidade do investigado e da identidade física da criança” – que devem ser sopesados.

O STF “se posicionou em favor do investigado”, tendo por base que o exame de DNA produzido com violência ou força, usando de meios moralmente ilegítimos, conflita com os cânones constitucionais, ferindo, assim, o princípio da intangibilidade física.

Em 3 de maio de 2012, no entanto, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1.327.787/ES,⁵⁵ passou a entender que “a recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA constitui elemento probatório a ele desfavorável, que gera presunção relativa”. Tal questão, inclusive, já restou devidamente sumulada.⁵⁶

3.6. Provas derivadas

Em 27 de abril de 2011, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na Reclamação nº 2.988/PE,⁵⁷ entendeu que a Teoria dos Frutos da Árvore Venenosa não será

⁵⁵ Leia-se na íntegra a parte que interessa:

“*Ab initio, veja-se que esta Corte Superior de Justiça, vigorosamente, tem o entendimento segundo o qual a recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA, como sucedeu na espécie (conforme informações contidas no próprio acórdão recorrido), constitui elemento probatório a ele desfavorável, porquanto gera a presunção relativa, é verdade, de que, se realizado fosse, o teste seria positivo*”. (grifo nosso).

BRASIL, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.327.787-ES*. Agravante: E R A. Agravado: W F S. Relator: Ministro Massami Uyeda. Julgado em 3/05/2012. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

⁵⁶ Súmula nº 301 do STJ: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

⁵⁷ Senão vejamos:

“2. Na hipótese dos autos, inexistente descumprimento da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do writ 51.586/PE, pois o pronunciamento desta Corte concedeu a ordem em parte, apenas para declarar a ilicitude da busca e apreensão realizada, bem como das provas dela derivadas”.

“3. Não comprovando o reclamante o nexo de causalidade entre a prova tida como ilícita e as demais, e constando dos autos a existência de fonte independente, não tem como prosperar a presente reclamação, haja vista já ter sido determinada a devolução do quanto apreendido naquelas medidas cautelares e a expunção do que adveio delas, inclusive laudos de exame em mídia de armazenamento computacional, laudos periciais de documentos e laudos contábeis.” (grifo nosso).

BRASIL, Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. *Reclamação nº 2.988/PE*. Reclamante: J M D. Reclamado: Juiz Federal Substituto da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 27/04/2011. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

aplicada nas hipóteses em que “o reclamante não comprove o nexo de causalidade entre a prova tida como ilícita e as demais” e que “existam provas independentes”.

A questão da incidência da Teoria da Árvore Venenosa no processo não tem maiores divagações, uma vez que se encontra, como demonstrado no item 2.5, devidamente disciplinada no §1º do artigo 157 do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória*. In: *Garantias constitucionais do processo civil / coordenador José Rogério Cruz e Tucci*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: BOOKSELLER, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antônio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KNIJNIK, Danilo. *A “Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa” e os discursos da Suprema Corte na Decisão de 16-12-93*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 66, p. 61-84, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, ano 23, nº 68, p. 13-27, nov. de 1996.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PAIM, Gustavo Bohrer. *A Garantia da Licitude das Provas e o Princípio da Proporcionalidade no Direito Brasileiro*. In: As garantias do cidadão no processo civil: relações entre constituição e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TARUFFO, Michele. *Verità e probabilità nella prova dei fatti*. Revista de Processo, São Paulo, nº 154, p. 207-222, 2007.

TARUFFO, Michele; MICHELI, Gian Antonio. *A prova*. RePro, São Paulo, n. 16, p. 155-168, out./dez. 1979.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

USTÁRROZ, Daniel. *Provas ilícitas lícitas?* Disponível em <
<http://jus.com.br/revista/texto/3056/provas-ilicitas-licitas>> Acesso em 24/05/2012.