

## O TRATAMENTO JURÍDICO DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL: UM ESTUDO CRÍTICO

**Belmiro Jorge Patto<sup>1</sup>; Pedro Paulo da Cunha Ferreira<sup>2</sup>; Wisley Rodrigo dos Santos<sup>2</sup>**

**RESUMO:** O presente trabalho visa de forma imediata examinar as reformas estancadas operadas em face do Código de Processo Penal (Decreto – Lei 3.689/41), especialmente a que diz respeito à gestão das provas, introduzida pela Lei 11.690 de 10 de Junho de 2008. Sendo assim, serão analisados os postulados introduzidos pela Constituição Federal de 1988, e a legislação infraconstitucional. Posteriormente, será verificada a posição dos Tribunais Superiores acerca das questões relacionadas às provas ilícitas e a aplicação da teoria dos frutos das árvores envenenadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição Federal; Provas Ilícitas; Processo Penal.

### INTRODUÇÃO

O ano de 2008 foi de relevância salutar para o Direito Processual Penal brasileiro. As recentes modificações introduzidas pelas Leis 11.689, 11.690 e 11.719, todas do mês de junho, foram responsáveis por significativas alterações em face do Código de Processo Penal.

Diploma este da década de 1941, de forte matiz autoritária e fascista, tendo como princípio norteador a presunção de culpabilidade do réu, pois o mesmo era tratado como potencial e virtual culpado.

No conflito entre a tutela da segurança pública em confronto com a proteção da liberdade individual, prevalecia sempre aquela, como legitimadora das ações estatais, tendo como corolário o estabelecimento de uma fase investigativa de forte cariz inquisitorial.

Ao juiz era dispensada uma ampla iniciativa probatória, justificada como indispensável à busca da verdade real, o que desnaturava o perfil acusatório que se quis imprimir a atividade jurisdicional.

Nesse passo, a Lei 11.690 reformulou o trato acerca da gestão probatória no processo penal. No que pertine a teoria da prova, especialmente em matéria penal, deparar-se-á com temática de grande e inarredável importância, vez que se busca atingir a verdade processual por meio da prova judiciária.

É por meio dela que se pretende a reconstrução dos fatos inquiridos do processo, e assim, conhecer como os atos efetivamente se desenvolveram no passado, ou seja, a reconstrução da verdade.

Decorrente do princípio da ampla defesa, o acusado tem direito fundamental à prova, sendo desnecessário afirmar tal direito à acusação, já que é pressuposto do direito de prova do réu a existência e o exercício da acusação.

<sup>1</sup> Docente da UEM. Departamento de Direito Privado e Processual – UEM, Maringá – PR. [bjp@maringa.com](mailto:bjp@maringa.com)

<sup>2</sup> Acadêmicos do curso de Direito da UEM. Departamento de Direito Privado e Processual – UEM – Maringá – PR. [wisley\\_rr@hotmail.com](mailto:wisley_rr@hotmail.com)

É por meio da prova que a acusação e a defesa demonstram fatos e sustentam suas pretensões e resistências frente ao julgador imparcial e eqüidistante das partes. Portanto, a prova pertence não aos pólos da relação processual, mas sim ao processo, como um conjunto harmônico de atos concatenados, podendo, acusação e defesa fundamentarem suas pretensões, na medida da robustez das alegações que se sustentam, à mercê da produção de provas.

## **MATERIAL E MÉTODOS**

O método utilizado na pesquisa foi o dedutivo. Foram realizados levantamentos de obras doutrinárias e artigos especializados que versavam sobre o tema e, posteriormente, sua análise, procedendo-se, portanto, a uma pesquisa de caráter eminentemente bibliográfica e teórica. Ao fim, cuidou-se de examinar os aspectos do direito positivo, com o estudo da legislação pertinente e jurisprudencial.

## **RESULTADOS E DISCUSSÃO**

Necessário se faz mencionar que com a nova ordem jurídica constitucional inaugurada pela Constituição da República em 1988, em que prevalece a afirmação e proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais, o direito à prova encontrou limitação de ordem constitucional, qual seja, a inadmissibilidade das provas ilícitas, máxime pelo intuito de proteger os cidadãos contra as investidas arbitrárias do Poder Público.

Nesse ínterim, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”, conforme determina o art. 5º, inciso LVI da Norma Basal, visando proteger e tutelar os direitos e garantias individuais, como à intimidade, à privacidade, à imagem, à inviolabilidade do domicílio e a qualidade do material probatório levado ao julgador para que seja, a seu tempo, devidamente valorado.

Merece destaque a redação originária do art. 157 do Código de Processo Penal que não fazia menção acerca da problemática das provas obtidas ilicitamente, dispondo apenas que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas”.

Com a edição da Lei 11.690 que conferiu nova redação aos artigos 155 e 157 do Código de Processo Penal, dentre outros, passou a legislação infraconstitucional inadmitir as provas obtidas ilicitamente, devendo ser desentranhadas, em verdadeira e merecida homenagem ao que dispõe a Norma Fundamental no art. 5º, LVI.

Considerada a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente como verdadeiro princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, e sua disciplina infraconstitucional prevista o art. 157 do CPP, urge alguns apontamentos.

Primeiramente, é consenso doutrinário e jurisprudencial a vedação das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro, sendo consideradas como tal, aquelas obtidas em desacordo às normas constitucionais ou, mesmo, às normas legais, segundo a redação do art. 157, caput, do CPP, o que tornou irrelevante e desnecessária antiga discussão sobre as provas ilícitas e ilegítimas. Por força da Lei 11.690, ambas são inadmitidas no processo penal.

Sem embargo da observância da *mens legislatoris* incorporada na recente reforma, é imperioso reconhecer a utilização das provas ilícitas em benefício do réu, tendo em vista que prevalece o status de inocência, a dignidade da pessoa humana e o status de liberdade, em detrimento de uma possível condenação. Sem maiores complicações, a doutrina e a jurisprudência comungam desse mesmo posicionamento, que, por sinal, é o mais adequado, segundo os princípios norteadores de um sistema processual penal que se diga democrático e de direito.

O legislador processual penal foi além, adotou a Teoria dos *Fruits Of the Poisonous Tree*, isto é, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, de origem anglo-saxônica, e

expressão máxima do *common law*. Esta teoria, nada mais é, do que o reflexo da lógica contida no princípio maior de vedação às provas ilícitas.

Proveniente do direito norte americano, a *fruits of the poisonous tree* tem na sua origem o preceito bíblico de que uma árvore envenenada não poderia dar bons frutos. Transpondo essa lição para o processo penal, tem-se que a prova ilícita originária contaminaria todas as demais que decorressem dela. Observa-se que as provas obtidas ilicitamente são vedadas pelo ordenamento, como também as provenientes dela, ou seja, as provas ilícitas por derivação.

Nesse sentido, a teoria dos *fruits of the poisonous tree*, ou teoria dos frutos da árvore envenenada, cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana, nada mais é que simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. [...] Se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente (Oliveira, 2009).

Nesse passo, o Supremo Tribunal Federal repudia as provas ilícitas por derivação já que a prova ilícita originária contaminou todas as decorrentes dela, gerando, como consequência, a ilicitude por derivação.

A ação persecutória do Estado para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. Nesse sentido, ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. (STF, RHC 90376/RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJU, 03/04/2007).

Necessário se faz observar o disposto nos parágrafos do art. 157 do CPP: são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (§1º); considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova (§2º).

Nesta senda, foi adequada a adoção pelo legislador infraconstitucional da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Todavia, se faz merecedoras as críticas tecidas ao estatuído nos parágrafos 1º e 2º do art. 157.

Ora, os §§1º e 2º, com conceitos indeterminados (o princípio da taxatividade não convive com eles em um espaço democrático porque a CR não deixa), quase acabam com o direito do cidadão, mais uma vez, criando-se restrições onde a CR não criou, e pior, deixando a completude delas ao "critério" do juiz. Afinal, quem, de fato, dirá o que é e quando se dará uma prova derivada de outra ilícita em face do nexo de causalidade ou quando ela poderia ser obtida por fonte uma fonte independente (§1º). Não bastasse isto, quando se fala de fonte independente (quer-se, como na velha jurisprudência dos conceitos, bloquear a interpretação pela definição legal, imaginando ser isto possível ou já

se sabia e fez de propósito?), quem dirá o que são “trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal”, nos termos do §2º? (COUTINHO, 2008).

Infelizmente, ponto salutar da reforma prevista no §4º da nova redação do art. 157 conferida pela Lei 11.690, qual seja, “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”, foi vetado, sob a argumentação de não imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo.

De outro lado, ganham força à tendência doutrinária, e até jurisprudencial, no sentido de suavizar o disposto no art.5º, inciso LVI, da Constituição Federal, frente à casos excepcionais e de extrema gravidade, utilizando, para tanto, a prova obtida ilicitamente para condenar determinados acusados, sob a linha argumentativa de proteção da sociedade frente a crimes graves, a dificuldade de colheita de material probatório e aplicação no caso concreto do Princípio da Proporcionalidade.

## CONCLUSÃO

Em boa hora veio a Lei 11.690 que disciplinou a questão atinente à inadmissibilidade das provas ilícitas originárias e por derivação, e adotou a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. No entanto, são pertinentes as críticas formuladas em relação a alguns pontos do art. 157 do CPP. Na realidade, o tratamento da prova ilícita no processo penal ganha matizes cada vez mais acentuadas com inúmeros desdobramentos teóricos e práticos, não apenas na seara da prova em si, como também no campo da hermenêutica jurídica.

## REFERÊNCIAS

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos gerais da reforma processual. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº.188. jul.2008.

BRASIL. RHC 90376/RJ. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RHC%2090376&base=baseAcordaos> >. Acesso em 15 de Março de 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº.188. jul.2008.

CRUZ, Rogério Schietti Machado Cruz. Com a palavra, as partes. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº.188. jul.2008.

FREIRE JR, Américo Bede; MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: RT, 2009.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº.188. jul.2008.

LOPES Jr., Aury. Bom para quê(m)? *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. nº.188. jul.2008.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín. Buenos Aires: El Foro, 1996, v. III.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.