

A prova ilícita por derivação à luz da reforma processual penal

Marcelo Pires Soares*

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito e classificação de prova ilícita. 3 Prova derivada e prova ilícita por derivação. 4 Exceções à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação. 4.1 A fonte independente. 4.2 A descoberta inevitável. 4.3 A contaminação atenuada. 4.4 A boa-fé. 4.5 A proporcionalidade. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

A persecução penal, dependendo de como estejam dispostas as balizas constitucionais do devido processo legal, irá oscilar entre o sistema inquisitivo e o acusatório, que distribuem, de maneira diferenciada, poderes e ônus aos participantes da relação processual. Disto se colhe que o direito processual penal constitui um reflexo da ordem constitucional que o precede e, por isso, deve ser interpretado e aplicado de acordo com esta, merecendo para tanto os necessários reparos.

Essa conformação constitucional é verificada na disciplina da prova ilícita. Em 1988, a Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso LVI¹, consagrou de forma irrestrita a inadmissibilidade desta prova, sem que fosse acompanhada pelo Código de Processo Penal. A omissão, apesar de não ter comprometido os ideais do constituinte, pois fora devidamente contornada pelos aplicadores e intérpretes do direito, restou colmatada com a Lei n.º 11.690, de 09.06.2008, que aprimorou a matéria e compatibilizou o Código à ordem constitucional.

É justamente esta reforma, no que tange às alterações por ela

* Agente Técnico – Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas, graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM e Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela mesma Instituição.

¹ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

implementadas na teoria da prova ilícita por derivação e suas exceções, o objeto do presente estudo, que pretende apontar os méritos, assim como as falhas do legislador.

2 Conceito e classificação de prova ilícita

O Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, integrou no seu art. 157², *caput*, a proibição da prova ilícita no processo penal. Sucede que a mudança não se limitou a repetir a disposição constitucional e, atendendo aos reclamos da doutrina processualista, também definiu a extensão do conceito de provas ilícitas, ao estabelecer que são aquelas obtidas com violação a normas constitucionais ou legais.

A prova é considerada proibida ou inadmissível quando sua produção implique a violação da lei ou de princípios de direito material ou processual (TÁVORA, 2009, p. 302). As provas inadmissíveis ou vedadas, que são o gênero, dividem-se em três espécies, a saber: as ilícitas, as ilegítimas e as irregulares.

As provas ilícitas são as que infringem disposições de direito material ou princípios constitucionais penais e podem ser exemplificadas com a busca e apreensão com desrespeito à garantia da inviolabilidade do domicílio e a confissão mediante tortura. A seu turno, as provas ilegítimas são as que violam normas processuais e os princípios constitucionais do mesmo tipo, como é o caso do laudo pericial subscrito por apenas um perito. Por fim, as provas irregulares dizem respeito àquelas permitidas pelo direito processual, mas, quando produzidas, não atendem às formalidades legais e têm como exemplo o mandado de busca e apreensão que não cumpre os requisitos da lei.

A inadmissibilidade não ocorre apenas quando houver a violação dos direitos fundamentais, preceitos de maior relevo da ordem constitucional, pois até mesmo as infrações de simples regras de direito

² Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º. 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.

§ 2º. 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.

§ 3º. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º. (V E T A D O).

processual penal são capazes de invalidar a prova. Com a reforma, esta lição apenas acabou sendo aclarada e definitivamente sedimentada no ordenamento legal.

Como se verá, por mais inovadora que a reforma possa parecer à primeira vista, esta, de fato, nada criou, cingindo-se a incorporar ideias já debatidas pela doutrina.

A Lei n.º 11.690/2008 também disciplinou a sanção à existência de prova ilícita no processo penal. Reconhecida a invalidade em decisão definitiva, haverá o desentranhamento e inutilização da prova, conforme o § 3º, do art. 157, do Código de Processo Penal. Esta medida tem fundamento na noção de que a prova ilícita não é propriamente uma prova, visto não ser concebida sob o crivo do devido processo legal. A imprestabilidade é total, não servindo, seja no processo em que foi produzida, seja fora dele.

Neste ponto, é de se salientar que tal sanção deve ser implementada com bastante cautela. Além de haver a possibilidade de eliminar elemento que comprova a própria materialidade do crime, o desentranhamento e a inutilização da prova, se não forem realizados com a prévia oitiva das partes e com os cuidados devidos, pode significar a consolidação definitiva de uma injustiça.

A preocupação com as consequências do ilícito no processo é tamanha que a Lei n.º 11.690/2008, no § 4º, do art. 157, pretendeu estabelecer a substituição automática do magistrado que tivesse contato com a prova ilícita, além de determinar a sua inutilização. Isto porque, conforme Aury Lopes Jr. (2007, p. 573), “não basta anular o processo e desentranhar a prova ilícita; deve-se substituir o juiz do processo”, com o que se evitariam possíveis pré-julgamentos quanto ao réu. Entretanto, este mecanismo acabou sendo objeto de veto presidencial, uma vez que as partes poderiam se valer disto para manipular o processo.

3 Prova derivada e prova ilícita por derivação

Compreender a prova derivada e os reflexos que decorrem de sua aplicação é antes de tudo analisar uma relação de causa e efeito, tal como se faz quando se estuda o nexo de causalidade integrante do conceito analítico de crime. A prova derivada ou indireta não se

apresenta sozinha, estando sempre acompanhada de outra, de cuja produção decorre diretamente. Entre estas duas provas existe um nexo, de maneira que a existência da segunda está condicionada à da primeira.

A testemunha referida é um exemplo de prova derivada. Entende-se por tal aquela testemunha que fora indicada por outra, ou seja, apenas se tem conhecimento desta pessoa em razão de oitiva anterior onde se apontou a sua existência. Também é caso de prova derivada a busca e apreensão realizada no domicílio do indiciado com base em informações obtidas em interceptações telefônicas corretamente autorizadas pela justiça.

É de se reparar que a prova derivada não é o mesmo que ilícita. Como observado, ela poderá ser válida e capaz de fundamentar uma sentença condenatória, tudo dependendo do cumprimento de certos requisitos.

A prova derivada somente é lícita se, considerada isoladamente, for produzida de acordo com as regras de direito processual e material. Isto quer dizer que não adianta investigar a origem da prova, quando a sua constituição, por si só, ofende o direito. Este é justamente o primeiro requisito de validade da prova derivada, isto é, a sua própria conformidade com a ordem jurídica.

É claro que a prova derivada também sofre os reflexos daquela de que decorreu, denominada originária. Sendo esta ilícita ou ilegítima, o seu vício inevitavelmente irá contaminar a prova derivada. Eis que, ao contrário da prova direta, a qual, como o próprio nome diz, retira forças diretamente do substrato fático e se mostra autônoma quanto ao resto do conjunto probatório, a indireta ou derivada tem uma relação de dependência com a que lhe antecede. Desse modo, o segundo requisito para validar a prova derivada é exatamente a conformidade da prova originária com o ordenamento jurídico.

A partir disto, chega-se ao conceito da prova ilícita por derivação ou obtida por meios ilícitos, onde se encontra as principais discussões sobre teoria das provas no processo penal. Consoante Ada, Scarance e Gomes Filho (2000, p. 135), esta categoria de prova diz respeito “àquelas em si mesmas lícitas, mas a que se chegou por intermédio da informação obtida por prova ilicitamente colhida”. Levando em conta os requisitos acima definidos, pode-se afirmar que esta prova atende

ao primeiro, mas não ao segundo, pois, apesar de aparentar ser lícita, padece de mácula insanável na origem.

A disciplina da prova ilícita por derivação surgiu na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana³, que desenvolveu a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). De acordo com Távora e Alencar (2009, p. 305), “por meio desta teoria, a prova ilícita (árvore) tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes (frutos)”, consagrando-se a existência de uma relação de causalidade entre as provas, onde o vício no antecedente necessário repercute sobre os seus efeitos. A título de exemplo, tem-se a confissão obtida mediante tortura, cujas informações deram origem a uma busca e apreensão que, embora formal e aparentemente válida, merece ser rechaçada.

A proibição da ilicitude derivada tem uma razão lógica de haver. Eis que “não teria sentido vedar o uso direto da ilicitude e tolerar o seu aproveitamento indireto”; porquanto, do contrário, seria o mesmo que “incitar a utilização de procedimentos inconstitucionais que, indiretamente, surtiriam efeitos” (GIACOMOLLI, 2008, p. 38).

No Brasil, frente à omissão da ordem jurídica que não tratava sobre a matéria, esta teoria acabou sendo incorporada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴. No entanto, com a reforma de 2008, o Código de Processo Penal foi harmonizado com este posicionamento, passando a vedar expressamente a admissão da prova ilícita por derivação em seu art. 157, § 1º.

4 Exceções à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação

A teoria dos frutos da árvore envenenada não se apresenta de maneira absoluta na doutrina e jurisprudência, que lhe impõem várias limitações. A reforma processual penal não se mostrou diferente. Na nova redação do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, foram previstas duas exceções a esta teoria, sendo então consideradas válidas as provas ilícitas por derivação quando não evidenciado o nexo de causalidade ou quando as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

³ Trata-se do *leading case Silverthorne Lumber Co. v. U.S.* de 1920.

⁴ Habeas Corpus 69.912-0 – DJ 25.03.1994; Habeas Corpus 73.351/SP – DJ 09.05.1996 e Habeas Corpus 72.588/PB – DJ 12.06.1996.

Contudo, tendo em conta as jurisprudências norte-americana e alemã, existem, pelo menos, cinco exceções a esta teoria. Desse modo, em que pese o mérito da mudança ao introduzir no Código de Processo Penal a disciplina sobre a ilicitude derivada, resta evidente que a matéria não foi integralmente abordada, havendo diversos pontos que deixaram de ser tratados e merecem as necessárias ponderações.

4.1 A fonte independente

Denominada no direito comparado *the independent source limitation*⁵, a prova absolutamente independente é a primeira exceção à regra da ilicitude por derivação, imunizando os efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada. Havendo nos autos prova suficiente a sustentar a acusação e produzida de modo independente às demais, mesmo sendo uma destas ilícita, não há que se falar em contaminação do processo ou na invalidade da sentença condenatória.

Cabe ao magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, aferir se houve o rompimento donexo de causalidade entre a prova ilícita antecedente e a derivada. Não subsistindo mais a relação causal, o vício não contaminará o acervo probatório, ficando restrito à prova originária, que, por ser isolada, não traz qualquer prejuízo ao desfecho do processo. A seu turno, não comprovado o nexoo, a contaminação não se estenderá ao restante das provas.

A doutrina, todavia, tem dirigido uma crítica pertinente à fonte independente. Afirma-se que ela não é propriamente uma exceção à teoria da ilicitude por derivação, mas a própria inexistência desta. É que não se pode desenvolver a noção de prova derivada ou de reflexos da ilicitude produzida na origem, se não há o próprio elo de conexão ou dependência a ponto de fomentar qualquer debate sobre possível contaminação. Sem nexoo causal, sequer se pode cogitar em prova derivada.

Esta exceção, positivada no Código de Processo Penal pela reforma de 2008, já houvera sido acolhida pelo Supremo Tribunal Federal⁶.

⁵ Tem como origem o caso *Brown v. Illinois*, de 1975.

⁶ Ver o Habeas Corpus 84.679 – DJ 30.09.2005.

4.2 A descoberta inevitável

A segunda limitação à teoria da prova ilícita por derivação é a descoberta inevitável, que surgiu no *Common Law*⁷ e foi denominada como *the inevitable discovery limitation*. Por esta exceção, não haverá contaminação do processo, se a prova, conquanto decorra de um ilícito antecedente, seria obtida por qualquer outro meio de investigação válido. Apesar de existir uma relação entre o vício e a prova derivada, a circunstância de que esta é inevitavelmente alcançada impede que seja descartada.

Ao contrário da fonte independente, na descoberta inevitável não se discute o rompimento do nexo de causalidade. A prova derivada, ainda que em contato com o vício originário, deverá ser admitida diante de sua inevitável produção e conhecimento pelo juízo. O foco da questão deixa de ser a relação causal e passa a ser a forma como se dá a cognição da prova, que, se inafastável for, vale ser aproveitada.

Esta inevitabilidade é o que justifica a permissão da prova ilícita por derivação no processo, visto significar que o seu aproveitamento não ocorre com prejuízo das normas legais e constitucionais, mas em razão de uma cognição que não pode ser remediada. A prova somente é aceita, porque não se pode ladear o que os autos, por mais de uma vez, apontam como verdadeiro.

Nestor Távora e Rosmar Alencar (2009, p. 307) exemplificam a limitação da descoberta inevitável, dizendo que deve ser considerado válido o depoimento de testemunha, mesmo que alcançada através de uma interceptação telefônica não autorizada pela justiça, e assim obtida por meio ilícito, se a pessoa também foi apontada por várias outras testemunhas, demonstrando que sua existência seria revelada de qualquer maneira.

É evidente que a aferição da inevitabilidade caberá ao magistrado que, à vista das características do caso concreto, definirá se o encontro das outras provas era algo irrefutável. Assim, a depender da maneira como tais provas foram produzidas, o juiz verificará até que ponto podem contribuir efetivamente na obtenção da prova derivada.

Com a reforma da Lei n.º 11.690/2008, a descoberta inevitável

⁷ Cuida-se do processo *Nix v. Williams*, de 1984.

também foi integrada ao Código de Processo Penal, cujos §§ 1º e 2º, do art. 157, acabaram por disciplinar a exceção. Nesta senda, é de salientar que o referido § 2º, embora fale em fonte independente, versa na verdade sobre a *inevitable discovery*, posto que, não afastando o nexos causal, leva em consideração a circunstância de que a prova derivada, por si só, de forma inevitável, seria capaz de conduzir ao fato objeto de investigação.

4.3 A contaminação atenuada

A *purget taint limitation* ou *attenuated connection limitation*, como é denominada na jurisprudência norteamericana, parte da ideia de que, sendo tênue e frágil o vínculo entre a prova ilícita originária e a prova derivada, esta deve ser admitida, pois não subsiste sua contaminação, que será dissipada. Não obstante a ilicitude, pode ocorrer no processo algum acontecimento capaz de purgar o veneno, imunizando os frutos consequentes. Assim, busca-se aproveitar ao máximo a prova, que não merece ser desprezada por manter uma superficial ligação com o ilícito.

Esta regra de exclusão surgiu no *leading case Wong Sun and James Wah Toy v. US*, em 1963⁸. Explica Giacomolli que, neste caso, os policiais ingressaram na casa de “A” e o prenderam. “A” então acusou “B” de ser o proprietário das drogas. “B” confessou e incriminou “C”, sendo todos presos sem mandado. Em seguida, “C” confessou, fazendo com que “A” e “B” pedissem a exclusão da prova, o que foi deferido. Sucede que “C” também pediu a exclusão, o que foi aceito, pois a sua confissão foi voluntária e dentro dos parâmetros constitucionais, atenuando o vínculo entre a prisão e a confissão.

A contaminação atenuada, que não foi contemplada pela reforma de 2008, não é muito bem quista pela doutrina brasileira, que a tem como uma ampla fonte para arbitrariedades e infrações pelo juiz à proibição constitucional da prova ilícita, visto não se dispor de limites objetivos para se reconhecer a dispersão do ilícito no restante do conjunto probatório.

⁸ Há também o caso *U.S. v. Ceccolini*, de 1978.

4.4 A boa-fé

A limitação da boa-fé ou *the good faith exception* pretende afastar a teoria da ilicitude por derivação e considerar válida a prova realizada pela autoridade policial que não atua com o intuito de infringir a lei, incorrendo em verdadeira situação de erro. A polícia, apesar de contrariar disposições legais e constitucionais, realmente acredita que sua diligência as tinha observado.

Como exemplo, tem-se o caso da polícia que, ao cumprir mandado de apreensão de mercadorias roubadas em uma casa, acaba encontrando um computador que aponta para a existência de uma quadrilha especializada em crimes de sonegação fiscal.

No direito norteamericano, a limitação da boa-fé foi adotada no processo *United States v. Leon*, em 1984. Policiais prenderam um acusado, que, ao ser revistado, revelou portar drogas e armas. Meses depois, descobriu-se que o mandado de prisão, que subsidiou a ação policial, havia sido revogado. Em razão disto, o acusado pediu a exclusão da prova dada a derivação ilícita, o que não foi aceito diante do princípio da boa-fé.

Esta exceção é objeto de amplo debate pela jurisprudência⁹ e doutrinadores brasileiros. Caracterizada a hipótese de flagrante, não há dúvidas, pois a diligência policial será válida com base no art. 5º, XI, da Constituição Federal. Porém, não sendo flagrante, alguns estudiosos somente admitem a prova derivada desde que haja uma ampliação do mandado judicial, afastando a regra da boa-fé, que, talvez por isso, não foi introduzida no Código de Processo Penal pela reforma de 2008.

4.5 A proporcionalidade

Como última exceção à ilicitude por derivação, tem-se a teoria da proporcionalidade, que retrata a necessidade de ponderação entre os bens colidentes na situação concreta, a fim de se evitar a prática de injustiças. Por meio desta teoria, que no direito norte-americano recebe o nome de *balancing test*, intenciona-se sopesar cada bem envolvido no conflito, concedendo-se proteção ao de maior relevância, sem, contudo, eliminar definitivamente os de valor inferior. A proporcionalidade

⁹ Consultar a Ação Penal n. 307-3 - DJ 13/10/1995 - STF.

dirige-se à otimização da tutela, pois busca, na medida do possível, compatibilizar e resguardar todos os interesses conflitantes.

É hipótese de aplicação da proporcionalidade o conflito entre a legalidade na produção probatória e o *status libertatis* do réu, em que este último, para resguardar o princípio constitucional da não-culpabilidade, deve prevalecer, ainda que a prova utilizada seja ilícita. Consoante Eugênio Pacelli (2003, p. 373), “a prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias”, porque “em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente”. Trata-se de posição quase unânime da doutrina brasileira, que é aceita também por Ada, Scarance Fernandes e Gomes Filho (2000, p. 134).

Neste ponto, cabe salientar que a prova ilícita admitida para absolver o réu, por óbvio, não poderá ser utilizada em prejuízo de outrem, sob pena de se permitir a violação, *a contrario sensu*, do próprio princípio da inocência.

Entretanto, o mesmo não acontece quando o que se busca proteger são os interesses da sociedade. Grande parte da doutrina, para não dizer a totalidade, não admite a utilização de provas ilícitas para favorecer a acusação, pois, por mais que a atividade criminosa seja organizada e complexa, toda a produção probatória deverá ser realizada dentro da lei. A proporcionalidade não pode ser justificativa para incentivar arbitrariedades e transgressão do Estado de Direito.

É de se ressaltar que Pacelli (2003, p. 373) entende ser possível a prova ilícita a favor da sociedade “nas hipóteses em que não estiver em risco a aplicabilidade potencial e finalística da norma da inadmissibilidade”, porque, em tese, não haveria estímulo na prática de ilegalidades na instrução probatória. Um exemplo disto é a prova ilícita produzida por particular, que, conquanto possa violar garantias constitucionais, não reiterará esta conduta, visto não ser a sua atividade profissional e preponderante. Nessa senda, cite-se o caso do particular que invade ilicitamente casa alheia, onde subtrai fotos de crimes praticados por seu morador.

A reforma de 2008 não tratou do princípio da proporcionalidade, mas o Supremo Tribunal Federal¹⁰, em alguns momentos, já se socorreu

10 Ver a Reclamação n. 2.040/DF – DJ 21.02.2002.

do mesmo para resolver questão sobre a admissibilidade da prova ilícita por derivação.

5 Conclusão

À vista do exposto, percebe-se que o legislador da reforma de 2008, embora em um primeiro momento aparente inovador, incorporando ao Código de Processo Penal a teoria dos frutos da árvore envenenada e as exceções da fonte independente e da descoberta inevitável, até então tratadas apenas na jurisprudência, foi comedido e não trouxe solução para todos os problemas que circunscrevem a matéria. Pontos específicos, tais como a contaminação atenuada, a proporcionalidade e a boa-fé, que podem funcionar como excludentes a esta teoria, não foram contemplados.

É verdade que o legislador não pode se dar ao capricho de fazer experiências com a sua função típica, agindo de forma temerária, porquanto os efeitos decorrentes da inovação poderão gerar mais prejuízos do que proveitos. É o caso das referidas exceções, que ainda não tiveram o seu campo de aplicação seguramente definido pela doutrina e jurisprudência. Todavia, este argumento não impede a mitigação ou até a superação destas falhas, cuja existência, pela própria impossibilidade de o legislador antever todas as situações, mostra-se inevitável.

De fato, o regramento da prova ilícita por derivação continuará a exigir o trabalho minucioso da jurisprudência, que, levando em conta as particularidades do caso concreto, ponderará com retidão os bens colidentes. Há de se realizar uma interpretação extensiva do disposto no art. 157, do Código de Processo Penal. Aliás, é justamente neste aspecto que desponta a relevância do presente estudo, que, em suma, busca alertar o aplicador da lei da necessidade de ir além do positivado pela reforma, alcançando a justiça de suas decisões.

Referências

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2000.
- LOPES JR, Aury. **Direito processual e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar A. R. C. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.