

A mitigação da produção de provas ilícitas por derivação à luz da Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008

*Rafael da Silva Menezes**
*Cristine Cavalcanti Gomes***

Sumário: 1 Introdução. 2 Instrução probatória e provas ilícitas por derivação. 3 Mitigação da proibição da utilização de provas ilícitas por derivação introduzida pela lei 11.690/2008. 4 Considerações Finais. Referências.

Resumo: O processo justo é aquele formado pela observância dos direitos fundamentais em todo o seu iter procedimental. No processo penal, a busca pela verdade real ou pela penalização de acusados não pode ser usada como parâmetro para uma ponderação de interesses que afaste a observância de garantias processuais, dentre elas, a vedação à utilização de provas ilícitas, por derivação. O processo justo exige meios e resultados igualmente justos. O compromisso de um Estado com os direitos fundamentais é demonstrado, por um lado, pela punição daqueles que violam direitos e também pelo grau de negatividade que se empresta aos atos violadores.

Palavras-chave: Processo penal. Processo justo. Provas ilícitas.

1 Introdução

Impossibilitar que as pessoas sejam julgadas, em razão da suposta prática de ilícito criminal, perante o Poder

* Assessor Jurídico de Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Discente do Programa de Doutorado em Direito da UFMG. Especialista em Direito Processual Civil (UFAM).

**Analista Jurídica do Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas. Aluna Especial do Programa de Mestrado em Direito Ambiental da UEA. Especialista em Direito Público (Uniderp/Anhanguera).

A mitigação da produção de provas ilícitas por derivação à luz da Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008

Judiciário de seu país é um impeditivo evidente de acesso à justiça, autorizando, por um lado, o exercício livre da vingança desmedida e, por outro, desacreditando a própria estrutura penal do Estado. Todavia, em alguns momentos históricos, fez-se parecer que a remoção de obstáculos formais de acesso à justiça seria suficiente para garantir um pleno acesso à justiça, de maneira que, se ao acusado fosse possibilitado um julgamento perante o Poder Judiciário, estar-se-ia satisfeito o direito de acesso à jurisdição, o que legitimaria toda decisão que fosse proferida, independentemente do procedimento que se adotasse e das consequências que a decisão desencadeasse. Entretanto, a história mostrou que o fato de o réu ter acesso à estrutura formal não garante, por si só, que o mesmo seja adequadamente julgado, submetido a um processo justo.

O processo penal não pode ser utilizado para respaldar ilegítimas decisões, não sendo possível, diante das disposições contidas na Constituição brasileira, contentar-se com um contraditório aparente, meramente formal, que não garanta aos acusados os meios e recursos inerentes à defesa.

Já se chamou atenção para os riscos da adoção de soluções meramente formais para os problemas relativos ao acesso adequado à justiça. É preciso, então, buscar uma fórmula mínima de processo, composta de garantias fundamentais indisponíveis, cuja inobservância impediria a existência de um provimento justo.

processo justo não é aquele desempenhado segundo um único e dominante princípio, mas, sim, aquele que permite a convivência harmoniosa de todos os princípios e garantias constitucionais pertinentes ao acesso à justiça e prestação efetiva da adequada tutela aos direitos subjetivos materiais (JUNIOR, 2009, p. 4).

A adoção destes requisitos garantidores mínimos é uma das facetas do respeito ao ser humano. No sentido de associar

processo justo e observância de garantias, faz-se referência a garantias individuais e garantias estruturais, como elementos mínimos de um processo justo (COMOGLIO, 1998, p. 95-150).

Como garantias individuais, o autor enumera: a) acesso amplo à justiça para todos, em condições de igualdade e de correlação e adequação da tutela correspondente à situação jurídica substancial concreta; b) ampla defesa, como ‘direito inviolável’, em todas as fases e graus do procedimento jurisdicional; c) assistência judiciária gratuita aos necessitados; d) juiz natural, pré-constituído pela lei.

As garantias estruturais seriam: a) justiça administrada em nome do povo e juízes sujeitos apenas à lei; b) função jurisdicional confiada a magistrados instituídos e disciplinados com base nas normas de organização judiciária; c) vedação dos juízes extraordinários ou de exceção; d) atribuição à jurisdição do fim institucional de realizar a ‘tutela’ dos direitos subjetivos substanciais; e) independência e autonomia da magistratura (Poder Judiciário); f) independência dos juízes e do Ministério Público; g) exercício da jurisdição segundo o ‘justo processo regulado pela lei’; h) garantia, em qualquer tipo de processo, do contraditório entre as partes, em condições de igualdade, diante de um juiz neutro e imparcial, assegurada a razoável duração do processo; i) motivação de todas as decisões judiciais; j) direito sempre ao recurso de cassação, por violação da lei.

O processo justo pressupõe que tenha havido respeito material às garantias individuais e estruturais, no trâmite processual. E a observância dessas garantias seria uma das condições para um provimento legítimo. O processo se formaria a partir da observância de garantias e seria, ele próprio, uma garantia.

O acesso à justiça penal, portanto, exige meios e resultados igualmente justos. A conscientização de uma plêiade mínima

A mitigação da produção de provas ilícitas por derivação à luz da Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008

de garantias para a consecução de um processo justo quer significar, num primeiro momento, que as garantias não são exaustivas e estão sempre se ampliando e, por outro lado, demonstra um novo olhar sobre o processo

para permanentemente confrontá-lo com as exigências funcionais de efetividade dos seus resultados e com as imposições de impostergáveis valores humanitários que dele fazem o instrumento apropriado de tutela de todos os demais direitos (GRECO, 2002, p. 60).

O processo justo, tal como delineado, representa importante exemplo de direito fundamental. Aliás, a Constituição da República Federativa do Brasil possui vários enunciados normativos acerca do tema, que podem ser exemplificados, a seguir:

Art. 5º. 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:

LV - 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;

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

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Considerando que nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, os direitos e garantias expressos na Carta Magna “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, o rol de direitos relacionados ao processo justo não é exaustivo, no ordenamento jurídico brasileiro, de forma que as previsões

contidas em Convenções e Tratados Internacionais, que disponham de forma mais abrangente sobre o processo justo se aplicam imediatamente aos processos judiciais e administrativos, em trâmite no Brasil.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 na mesma linha, também demonstrou preocupação em garantir processo justo a todas as pessoas, de forma que prevê disposições expressas a este respeito, que podem assim ser exemplificadas, *in verbis*:

Artigo VIII

Toda pessoa tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Também a Convenção Interamericana de Direitos Humanos contempla, expressamente, diretrizes acerca do processo justo, identificadas como garantias judiciais, que envolvem o direito ao contraditório pleno; razoável duração do processo; juízo independente, imparcial e pré-constituído e; direito à assistência judiciária, dentre outros.

Observa-se que todo o sistema de direitos fundamentais em que o Brasil está inserido possui regramento direto sobre o processo justo e, tendo os direitos fundamentais aplicação imediata, a exigibilidade de um processo justo também se mostra imediata, permitindo, inclusive, um controle de normas internas, que desrespeitem ou restrinjam o alcance de processo

A mitigação da produção de provas ilícitas por derivação à luz da Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008

justo, preconizado em instrumentos internacionais, o que fez sobrelevar a Teoria do Controle de Convencionalidade de Atos Normativos Internos, segundo a qual:

as normas domésticas também se sujeitam a um controle de convencionalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados de direitos humanos em vigor no país) e de legalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados comuns em vigor no país), para além do clássico e já bem conhecido controle de constitucionalidade (MAZZUOLI, 2009, p. 14).

Seja qual for a fonte normativa primária das garantias mínimas do processo justo, tais cláusulas representam, ao mesmo tempo, limitação e legitimação do Poder Judiciário. Afastar as garantias individuais, no caso concreto, somente pode ser possível para permitir a eficácia de outro direito fundamental, de maior prevalência.

A proposta da abordagem, em razão da natureza do presente trabalho, é analisar a mitigação do direito a não admissibilidade de provas ilícitas por derivação, especificamente quanto às principais alterações promovidas pela Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008, no Código de Processo Penal Brasileiro.

2 Instrução probatória e provas ilícitas por derivação

O processo deveria, ideologicamente, reconstruir os fatos exatamente na forma e modo como aconteceram, a fim de possibilitar a mais correta aplicação das consequências jurídicas, tomando-se como base o que, realmente, foi praticado pelo agente. Todavia, há uma impossibilidade real de que o processo judicial seja um espelho perfeito da situação que exigiu a instauração do processo penal. O que é possível retratar é a impressão das partes sobre o que aconteceu e estabelecer um quadro de possíveis e prováveis acontecimentos.

A partir do exercício do direito à prova, os sujeitos processuais colacionam aos autos do processo elementos capazes de demonstrar a higidez de suas alegações, com vistas a construir, em conjunto com o Estado-juiz, a decisão mais justa, com a garantia de igualdade de influência sobre a convicção do magistrado.

Assim, a utilização probatória a fim de demonstrar a *verdade dos fatos* é intrinsecamente ligada ao direito de ação e ao de defesa, ambos, constitucionalmente previstos.

O Código de Processo Penal não elenca, exaustivamente, todos os meios de provas admissíveis, sendo permitido utilizar as provas nominadas, previstas nos arts. 158 a 250, do Código de Processo Penal e as que não estão normatizadas, segundo exegese extraída da norma do parágrafo único do art. 155¹, do mesmo *Codex*, desde que, moralmente legítimas e que se coadunem com o ordenamento jurídico.

Sabe-se não haver, no ordenamento pátrio, direitos absolutos. Daí porque, há limites constitucionais e legais ao exercício do direito probatório. A Constituição Federal de 1988, conforme visto alhures, proíbe, expressamente, em qualquer processo, a utilização de provas obtidas por meio ilícito e tal direito representa uma limitação ao poder investigatório e ao punitivo, de forma a desestimular que os órgãos policiais, quando da realização de diligências investigativas, violem direitos fundamentais, porque por mais cristalinas que forem as evidências, o desrespeito a direitos fundamentais as torna inúteis, no processo. Recorde-se que o processo justo exige resultados e meios igualmente justos.

Acerca do tema, tome-se a lição de Ada Pellegrini Grinover

¹ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. *Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.*

A mitigação da produção de provas ilícitas por derivação à luz da Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008

que, ao comentar escolhas feitas pela Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, entendeu que a Constituição Federal de 1988, em seu inciso LVI, do art. 5, consolidou a posição internacional no sentido da inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos, entendidas pela doutrina como aquelas colhidas infringindo normas ou princípios estabelecidos pela Constituição para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade (GRINOVER, 2010). Constituindo, dessa maneira, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF), as conseguidas mediante torturas ou maus tratos (art. 5º, III, CF), as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, da CF), dentre outras disposições.

Ressalta, também, em seu posicionamento, que se mostra oportuno a fixação de balizas pela lei processual da regra constitucional de exclusão das provas ilícitas, em qualquer situação, bem como, sua conceituação e posição quanto a sua admissibilidade e proibição de utilização, mesmo quando se trate da denominada prova ilícita por derivação, ou seja, da prova não ilícita por si mesma, mas conseguida por intermédio de informações obtidas por provas ilicitamente colhidas. Em outros termos:

a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. (RANGEL, 2014, p. 73)

Consoante classificação adotada pela doutrina, a prova ilícita, espécie do gênero prova proibida ou vedada, é aquela obtida em desrespeito às disposições de direito material ou dos princípios informadores do direito penal enquanto que a prova ilegítima é a que viola as normas de direito processual ou os seus princípios.

Imperioso ressaltar que essa diferenciação não foi adotada pela Constituição da República, tampouco o foi pelo Código de Processo Penal, nem mesmo com as alterações no sistema probatório advindas com a Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008. Dessa forma, reputam-se como ilícitas, a teor da norma esculpida no *caput* do art. 157, do Código de Processo Penal, todas aquelas obtidas em violação às normas constitucionais ou legais.

A ilicitude de uma prova carreada ao processo penal não fica sempre limitada àquela prova obtida em violação a normas constitucionais e legais, podendo transcender e alcançar outras provas dela derivadas. A possibilidade de que outras provas sejam atingidas pela nulidade decorrente da ilicitude de uma prova anterior é o núcleo da denominada *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*.

A Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008, alterando o Código de Processo Penal, introduziu diversas modificações no direito processual brasileiro, destacando-se a positivação da própria *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada* ou da prova ilícita por derivação, na norma prevista no art. 157, § 1.º, do Código de Processo Penal, consolidando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a discussão doutrinária a respeito do tema. Após a alteração, a norma passou a vigorar com a seguinte redação:

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.

A mitigação da produção de provas ilícitas por derivação à luz da Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*) originou-se na Suprema Corte Norte-Americana, no *leading case Siverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, e, segundo a mesma, conforme dito alhures, a produção de uma prova ilicitamente tem a possibilidade de tornar as que forem obtidas em sua decorrência em ilícitas por derivação – frutos.

A doutrina brasileira discutia acerca da possibilidade das provas ilícitas por derivação, tendo em vista a redação do art. 5.º, LVI, da Constituição Federal considerar apenas as provas ilícitas. O entendimento majoritário, defendido por ilustres doutrinadores como Ada Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho, fundamentava-se na vedação, também, das provas ilícitas por derivação, enquanto que a corrente minoritária defendida por Paulo Rangel acreditava que, em virtude da ausência de distinção pelo constituinte originário não havia vedação à sua admissão no processo.

Enfrentando a questão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 69.912-0/Rio Grande do Sul, posicionou-se nos seguintes termos:

O STF, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, XII, da Constituição não pode o juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta.

No referido julgamento, o Ministro Sepúlveda, em seu voto enfatizou que a doutrina da invalidade do *'fruit of the poisonous*

tree’ era a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da prova ilícita. Afirmado que, no caso em discussão, era inegável que só as informações extraídas da escuta telefônica, autorizada de forma indevida, possibilitou a realização do flagrante e da apreensão da droga, elementos decisivos na construção lógica da imputação atribuída na denúncia e na fundamentação das decisões condenatórias. Concluindo que, em razão da patente relação genética entre os resultados da interceptação telefônica e as provas subsequentemente colhidas, não seria possível apegar-se a essas últimas - frutos da operação ilícita inicial - sem, de fato, emprestar relevância probatória à escuta vedada.

De acordo com a teoria, por exemplo, se a partir de uma confissão, obtida por meio de choques elétricos, forem obtidas informações que viabilizem uma busca e apreensão formalmente íntegra (precedida de ordem judicial, cumprida por Oficial de Justiça, sem qualquer abuso), reconhece-se que esta busca e apreensão está contaminada, eis que decorre de uma prova ilícita. Em suma, existindo prova ilícita, as demais provas dela derivadas (relação de dependência e causalidade), mesmo que formalmente perfeitas, não serão admissíveis no processo.

Consoante lição de Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 80) não somente as provas obtidas ilicitamente são proibidas, mas também as denominadas ‘provas ilícitas por derivação’, tendo em vista que, ao lado das provas ilícitas existe a doutrina do ‘fruit of the poisonous tree’ – fruto da árvore envenenada’ -, adotada nos Estados Unidos desde 1914 para os Tribunais Federais, e, nos Estados, por imperativo constitucional, desde 1961.

No caso em voga, conforme narra o autor, a Corte decidiu que o Estado não podia intimar uma pessoa a entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal. A obtenção ilícita daquela informação

A mitigação da produção de provas ilícitas por derivação à luz da Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008

se projeta sobre a diligência, aparentemente legal, mareando-a, nela transfundindo o estigma da ilicitude penal. Nisso consiste a doutrina do ‘fruto da árvore envenenada’.

O núcleo central da referida teoria foi positivado no Código Penal Brasileiro, a partir da reforma introduzida pela Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008, *in verbis*:

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.

Em verdade, antes mesmo da inovação legislativa, já existia dispositivo no Código de Processo Penal, que tratava da nulidade sucessiva de atos praticados no processo penal. Trata-se, do ainda vigente, art. 573, que assim estatui:

Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende.

Do enunciado normativo, já se extraía a conclusão de que, reconhecida a nulidade de uma prova, decorrente da sua ilicitude, todos os outros atos (incluindo provas) posteriores e dela decorrentes teriam a sua nulidade também declarada.

O Supremo Tribunal Federal já havia, em mais de uma oportunidade, reconhecido a aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, consoante se observa do seguinte

trecho de acórdão oriundo daquele Pretório Excelso, quando se deparou com a apreensão de livros contábeis e documentos fiscais realizada em escritório contábil, por agentes fazendários e policiais federais, sem mandado judicial:

Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

(STF. Segunda Turma. HC: 93050 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Publicação: 01-08-2008)

Impende ressaltar, todavia, estar havendo uma involução no que diz respeito à aplicação da *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*, inclusive, *de lege ferenda*, criando-se exceções à inadmissibilidade de provas ilícitas e delas derivadas, numa tentativa incorreta de ponderação entre valores, a justificar o afastamento das garantias do processo justo, para satisfazer a vontade estatal de punir.

A observância de direitos fundamentais não se confunde com fomento à impunidade. É mister essencial do Judiciário garantir que o *jus puniendi* estatal não seja levado a efeito com máculas ao devido processo legal, para que a observância das garantias individuais tenha eficácia irradiante no seio de toda a sociedade, seja nas relações entre o Estado e cidadãos ou entre particulares (STF, RE 201.819/RS, 2.^a Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, DJ de 27/10/2006)

Ilustrativamente, é de recordar, entre tantas, a situação em que o Superior Tribunal de Justiça foi instado a se manifestar

A mitigação da produção de provas ilícitas por derivação à luz da Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008

acerca da admissibilidade de prova derivada de busca e apreensão determinada por juízo absolutamente incompetente.

Sabe-se que o exercício da função jurisdicional por um magistrado pressupõe que este seja competente e, não sendo os atos decisórios por ele praticados são nulos, porque emanados de pessoa que não poderia exercer parcela da jurisdição, naquele caso específico. O Código de Processo Penal é expresso ao afirmar, em seu art. 567, que: “A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente”.

A busca e apreensão decorre, em regra, de um pedido formulado por um sujeito processual contra a sua parte adversa e esta pretensão (busca e apreensão) é decidida pelo juiz que, entendendo estarem preenchidos os requisitos autorizadores da medida, defere o pedido. Ora, se o juiz que proferiu a decisão interlocutória, posteriormente, é declarado absolutamente incompetente e, portanto, os efeitos da decisão tendem a retroagir, devem ser declarados nulos todos os atos decisórios praticados, incluindo o que deferiu o pedido de busca e apreensão.

A prova colhida em razão da busca e apreensão é ilícita porque, mesmo que o procedimento de colheita tenha sido realizado com a observância de todas as formalidades legais, quem determinou aquela medida cautelar não poderia fazê-lo, de onde emerge que a ilicitude proibida pela Constituição alcança todos os desvios das garantias do processo justo, incluindo, por óbvio, a ilicitude decorrente da violação do Princípio do Juiz Natural, evidenciada com a posterior declaração de incompetência absoluta daquele órgão jurisdicional.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar a Ação Penal 536/BA consignou, mediante pronunciamento da Corte Especial, que a declaração de incompetência absoluta não alcança os atos probatórios praticados anteriormente e permitiu

que os elementos colhidos durante a busca e apreensão fossem encaminhados ao juízo competente, de maneira a viabilizar a instrução processual e justificar o tempo do processo e eventual condenação.

A proibição da utilização de provas ilícitas por derivação é um direito fundamental e não pode ser afastado, simplesmente, para viabilizar-se a instrução processual penal ou pior, para justificar a punição de um acusado. O processo justo exige meios justos. Se os meios de prova são obtidos ilicitamente, o resultado do processo não será constitucionalmente adequado, em especial porque a Lei Maior não prevê exceções ao direito fundamental de proibição de provas obtidas por meios ilícitos, inclusive as ilícitas por derivação.

3 Mitigação da proibição de provas ilícitas por derivação introduzida pela Lei nº. 11.690, de 9 de junho de 2008

A aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada sofreu mitigações pela teoria da prova absolutamente independente ou da fonte independente (*independent source limitation*); teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*); a limitação da contaminação expurgada (*punged taint limitation*), sendo conhecida, também como limitação da conexão atenuada (*attenuad conection limitation*) e a boa fé.

A teoria da prova absolutamente independente (*independent source limitation*), conhecida a partir do caso *Bynum v. s. U.S* (1960), segundo a qual, não havendo vínculo de dependência entre as provas (ilícitas e as lícitas), não existiria a contaminação das provas lícitas absolutamente independentes, foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 84679-ED, no qual restou decidido que:

A questão da prova ilícita, decorrente da não observância

A mitigação da produção de provas ilícitas por derivação à luz da Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008

de formalidade na execução de mandado de busca e apreensão, foi debatida e rejeitada pela maioria, prevalecendo o voto divergente no sentido de preservar a denúncia respaldada em prova autônoma, independente da que foi impugnada. (HC 84.679-ED, rel. min. Eros Grau, julgamento em 30-8-2005, Primeira Turma, DJ de 30-9-2005).

A teoria da descoberta inevitável, elaborada pela Suprema Corte Americana no caso *Nix v. Williams II* (1984), possibilita a utilização da prova decorrente da ilícita quando a mesma pudesse ser descoberta por outro meio de prova legítimo e inidôneo. Nesta teoria, diferentemente da anterior há a presença do nexo de dependência, entretanto ele não é fundamental, tendo em vista que a prova seria produzida dentro dos parâmetros processuais, sendo apenas uma questão temporal.

Por seu turno, consoante a teoria da contaminação expurgada (*punged taint limitation*), originada no caso *Wong Sun vs. US* (1963), em virtude do vínculo superficial existente entre a prova ilícita e a derivada pode não haver a contaminação, preservando-se, portanto, a licitude da prova derivada da ilícita.

A boa-fé também será adotada como fundamento para a preservação da prova quando, a ilicitude da prova decorreu da ausência de dolo de praticar atos contrários à Lei, ou seja, quando decorre de uma situação de erro.

A boa-fé, como se conclui, não pode sozinha retirar a ilicitude da prova que foi produzida. A ausência de dolo por parte do agente não ilide a contaminação, posto que é imprescindível não só a boa-fé subjetiva, mas também a objetiva, que é o respeito à Lei na produção do manancial probatório (TÁVORA, 2014, p. 400).

Com o advento da Lei n.º 11.690/08, a divergência doutrinária teve fim, uma vez que positivou a teoria dos frutos

da árvore envenenada ou da prova ilícita por derivação e algumas das teorias decorrentes limitantes como a teoria da prova absolutamente independente e a teoria da descoberta inevitável, que tinham assento apenas jurisprudencial.

Contudo, também restou positivada no Código de Processo Penal, na primeira parte do § 1.º, do art. 157, a teoria limitante da prova absolutamente independente ou da fonte independente (*independent source limitation*), *in verbis*: “salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras” e a teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*), na segunda parte do § 1.º, do art. 157, cuja redação é a seguinte: “ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Nesses termos, pode-se notar, claramente, a intenção do legislador em, ao positivar a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, não o fez de forma absoluta, eis que, também, expressamente, limitou seu alcance.

Essa mitigação, ao tempo em que foi positiva, pois criou limites à vedação da utilização das provas derivadas das ilícitas, possibilitando o aproveitamento das referidas provas, eis que não maculadas pela ilicitude das primeiras, deu uma ampla margem de interpretação do que de fato seria fonte independente, a despeito do conceito previsto no § 2.º, do art. 157, do Código de Processo Penal ou se a prova inevitavelmente seria descoberta.

A mencionada alteração legislativa trouxe a incumbência ao Magistrado de que deverá analisar, no caso concreto, a ocorrência ou não das situações mitigadoras, causando insegurança jurídica sobre o vínculo de contaminação das provas dos autos.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração são as possíveis violações a garantias constitucionais que poderão ocorrer na descoberta das provas. Até que ponto

A mitigação da produção de provas ilícitas por derivação à luz da Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008

serão respeitadas ou não? Até que ponto a busca pela verdade real pode fazer com que as mesmas sejam desconsideradas ou levadas em consideração num menor grau? Simplesmente não pode.

Considerando as garantias do processo justo e da construção democrática da decisão judicial, a previsão contida no 2º, do art. 157, do Código de Processo Penal mostra-se, de todo, descabida e inconstitucional. Ora, se um elemento de convicção (probatório) carreado aos autos do processo judicial poderia ser obtido “seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal”, por que, então, essas provas foram produzidas ao arrepio do direito? Mais: por que, então, as mesmas são admitidas, se poderiam ser produzidas por meios lícitos?

A permissibilidade é danosa porque desestimula a observância dos parâmetros delineadores de um processo justo. Passa a ser mais vantajoso descumprir as normas, obter provas por meios ilícitos, mesmo quando é possível obtê-las licitamente.

É preciso materializar a construção teórica e normativa dos direitos fundamentais e, para isso, é preciso que a eficácia dos mesmos seja pedra de toque em todos os níveis das relações entre particulares e entre estes e o Estado. Desta forma, a existência de sanções civis, penais e administrativas aos agentes públicos (violadores) não é suficiente e nem freio à atuação ilegal dos órgãos de investigação, já que a maioria dos abusos sabe-se, são cometidos contra pessoas das classes menos favorecidas. Além da sanção pessoal, é indispensável que estes atos de violação a direitos fundamentais sejam negativados pelo ordenamento jurídico, com vistas à máxima eficácia destes direitos.

Há de se fazer referência, ainda, ao veto presidencial proferido sobre o pretenso § 4º, do art. 157, do Código de

Processo Penal, que seria introduzido pela Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008, cuja redação era a seguinte: “§ 4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

O veto presidencial consubstanciou-se no fato de que o objetivo da reforma processual era o de imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo, assegurando a prestação jurisdicional em condições adequadas, e o referido dispositivo ia de encontro a tal movimento, uma vez que podia causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz da instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso.

Além disso, quando o processo não mais se encontrava em primeira instância, a sua redistribuição não atendia necessariamente ao que propunha o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível fosse afastado da relatoria da matéria, poderia ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.

A atividade de conhecimento dos elementos de convicção carreados ao processo forma o livre convencimento racional do magistrado, que terá conhecimento de tudo aquilo que foi produzido durante as investigações e durante a instrução probatória. Todos os elementos de prova influenciam o convencimento do magistrado.

Considere a situação em que um magistrado tenha tido contato com uma prova ilícita, originária ou por derivação, uma confissão obtida mediante tortura ou documentos contábeis que demonstram evasão fiscal, mas que foram obtidos em uma busca e apreensão se o respectivo mandado judicial, por mais que, posteriormente, essas evidências sejam consideradas ilícitas e, portanto, inservíveis ao processo, o magistrado será influenciado por aqueles dados. A melhor opção, que permite uma solução constitucionalmente adequada, contrária

A mitigação da produção de provas ilícitas por derivação à luz da Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008

à influência das provas ilícitas, é aquela que determinasse a substituição do magistrado, por outro, que não tivesse tido contato com as provas ilícitas, porque as chances de este último ser influenciado por provas ilícitas é bem menor.

Todavia, a proposição normativa, aprovada por ambas as Casas do Congresso Nacional, foi vetada, ao argumento de que esta garantia de decisão mais justa traria prejuízos à celeridade processual. Mais uma vez, o direito processual penal brasileiro parece optar por meios, quaisquer que sejam, violadores ou não de garantias fundamentais, que justifiquem a penalização do acusado.

O processo justo, todavia, exige meios e resultados igualmente justos.

4 Considerações finais

A prova ilícita, originária ou derivada, é prova inidônea e, como tal imprestável, não apresentando qualquer aptidão para produzir efeitos jurídicos, especialmente para punir o jurisdicionado. Em outros termos, a ilicitude da prova retira desta “qualquer eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretenda demonstrar”, por mais importantes que sejam para a elucidação dos fatos trazidos ao processo.

Considerando que as provas ilícitas por derivação também não se prestam à demonstração dos fatos e argumentos, devem ser retiradas do processo em que inseridas. Seria frágil, por exemplo, declarar que uma escuta telefônica foi realizada sem a devida autorização judicial e permitir que informações obtidas a partir daquela escuta sejam utilizadas na persecução penal, permanecendo nos autos e influenciando o magistrado que tivesse contato com as mesmas.

Ante o regramento constitucional destinado às provas ilícitas, tem-se a impossibilidade de aplicarem-se as técnicas

de sopesamento, para aplicação dos critérios de razoabilidade (direito americano) ou proporcionalidade (direito alemão), para mitigar a proibição da utilização de provas ilícitas por derivação.

Sabe-se que, não existindo direitos absolutos, quando um deles estiver disputando incidência sobre o fato concreto, deve-se afastar aquele com maior prevalência. E, em se tratando da vedação de provas ilícitas por derivação, não há direito individual de igual ou maior prevalência que justifique a sua retirada. Conforme se observou das decisões judiciais comentadas ao longo do texto, a tentativa de concatenar argumentos para justificar a utilização de provas ilícitas por derivação objetiva, simplesmente, viabilizar a marcha processual e possibilitar a condenação de acusados, mesmo que para isso tenha que se relativizar direitos fundamentais, sem justificativa plausível, na perspectiva da evolução histórica dos direitos humanos.

Bem aplicada, a “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada”, possui ela mesma os requisitos para sua aplicação. Não se defende a aplicação irrestrita do núcleo central da teoria. Não são todos os atos probatórios posteriores à prova ilícita que devem ser declarados ineficazes, mas somente aqueles dependentes e posteriores. Se o órgão acusador demonstrar que obteve outros elementos decorrentes de uma fonte autônoma de prova, que não guarde relação de dependência, nem causal, com a prova originalmente ilícita, não deve a mesma ser maculada, simplesmente porque não tem origem ilícita.

Todavia, o que se tem constatado é que a tese doutrinária tem sido desvirtuada para legitimar violações às garantias do processo justo. Pode-se dizer, inclusive, que na maioria das vezes, tem-se mitigado a proibição da utilização de provas ilícitas por derivação, para tentar “salvar” investigações ou, para se chegar a uma “verdade real”, o que demonstra uma

A mitigação da produção de provas ilícitas por derivação à luz da Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008

incongruência, ao passo que a verdade real, espelho da situação que ocasionou a instauração do processo penal, é inalcançável e, assim sendo, não pode ser utilizada como justificativa para sacrificar direitos fundamentais.

Um Estado que quer Democrático de Direito elege fins justos e meios igualmente justos, em todas as suas manifestações.

Mitigation of illicit evidence by deriving the light of Law 11.690, of June 9, 2008

Abstract: The due process is that formed by the observance of fundamental rights. In criminal proceedings, the search for the real truth or the penalty charged cannot be used as a parameter for a balance of interests different from the observance of procedural safeguards, among them the prohibition on use of illegal evidence, by derivation, in criminal proceedings. The due process requires media and also fair results. The commitment to a state with fundamental rights is demonstrated, first, by punishing those who violate those rights and also by the degree of negativity that lends itself to acts violators.

Keywords: Criminal procedure; Due process; Unlawful evidence.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 213, p. 159, jul./set. 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 5 jul. 2013.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de processo penal*. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>

ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 5 abr. 2014.

_____. Lei 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em: 5 abr.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *Ação penal 536/BA*, Rel. Min, Eliana Calmon. DJe. 4 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC 69.912-0/GO*. Relator: PERTENCE, Sepúlveda. Publicado no DJ de 1º fev. 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC 93.050/RJ*, Relator: MELLO, Celso de. Julgamento: 10 jun. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no RE 201.819/RS*. Relator: GRACIE, Ellen. Publicado no DJ de 27 out. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC 84679-ED*. Relator: MENDES, Marco Aurélio. Publicado no DJ de 16 dez. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC 91.867*. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJe de 20 set. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC: 93050 RJ*, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 10 jun. 2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-142 DIVULG 31 jul. 2008 PUBLIC 1º ago. 2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00700)

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e giusto processo (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção europeia de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Rideel. 2012.

CONVENÇÃO interamericana de direitos humanos. *Pacto de San José da Costa Rica*. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo

A mitigação da produção de provas ilícitas por derivação à luz da Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008

justo. *Novos Estudos Jurídicos*. v. VII, n. 14, p. 9 – 68, abr. 2002.

KERMIT, Hall. *Oxford guide to united states supreme court*. Oxford USA Trade, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 46, n. 181, jan./mar. 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa e GRINOVER, Ada Pellegrini. Exposição de motivos do projeto de código processual penal- Tipo para Ibero-América. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, n. 61, p.111, jan./mar. 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 400.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito processual constitucional. *Revista Estação Científica*, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654365/artigo%20%20revisado.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*, v. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Manual de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.