

Das provas ilícitas: a inconstitucionalidade parcial da Lei nº 11.690/08

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

Especialista em Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Ex-professor do Curso de Direito e de diversos Cursos Tecnológicos do Centro Universitário Facex. Professor de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN.

Resumo: Sem dúvida o estudo da prova no processo penal é uma matéria cadente, geradora de controvérsias sem fim na doutrina, vacilações pelo legislador e necessidade de uniformização pela jurisprudência. No seio dessa temática, traz-se à baila as modificações inseridas no Código de Processo Penal, decorrentes da Lei nº 11.690/08, o qual sufragou a teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada, no ordenamento brasileiro, bem como formas a sua relativização. A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, tem por linha de fundo analisar a constitucionalidade das hipóteses de mitigação das provas ilícitas por derivação, inseridas pela Lei nº 11.690/08.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Dos frutos da árvore envenenada. Mitigação. Inconstitucionalidade. Lei nº 11.690/08.

Sumário: **1** Das considerações iniciais – **2** Da prova ilegal – **3** Da prova ilícita por derivação – **4** Um discurso pela inconstitucionalidade das hipóteses de relativização da vedação da prova ilícita por derivação definidas nos §§2º e 3º do art. 157 do Código de Processo Penal – **5** Considerações finais – Referências

1 Das considerações iniciais

Jellinek explicita os quatro *status* dos direitos fundamentais: *status* passivo, *status* ativo, *status* negativo e *status* positivo.¹

É de importância nuclear, à temática ora proposta, a figura do *status* negativo,² o qual se refere a um espaço de liberdade do qual goza o indivíduo contra as ingerências da atividade estatal.

¹ “No final do século XIX, Jellinek desenvolveu a doutrina dos quatro *status* em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado. Dessas situações, extraem-se deveres ou direitos diferenciados por particularidades de natureza” (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 289).

² “[...] O *status* negativo em sentido *estrito* – e original de Jellinek diz respeito exclusivamente a liberdades jurídicas não-protégidas. O *status* negativo em sentido *amplo* – que extrapola a sistemática de Jellinek – diz respeito aos direitos a ações negativas do Estado (direitos de defesa), que protegem o *status* negativo em sentido *estrito*. Ao *status* positivo em sentido *amplo* pertencem direitos tanto a ações positivas quanto a ações negativas. Já ao *status* positivo em sentido *estrito* pertencem somente direitos a ações positivas. As conseqüências sistemáticas dessa divisão para o sistema de Jellinek são simples e claras. Os direitos que são acrescentados ao *status* negativo em sentido *estrito* para que se possa convertê-lo em um *status* negativo em sentido *amplo* (direitos de defesa) são uma subespécie dos direitos do *status* positivo em sentido *amplo*” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 267).

De tal sorte, os direitos fundamentais esculpidos na Carta Constitucional seriam limitadores da atuação estatal, em relação ao cidadão, convolvendo-se em arbitrariedade quando não respeitados.

Ou seja, as normas constitucionais, tidas como direitos fundamentais, seriam um feixe de direitos constituidores de um patamar ético mínimo civilizatório, no qual qualquer norma infraconstitucional que assim não se subsuma a esse escopo ético basilar será uma norma eivada com a inconstitucionalidade, devendo ter sua invalidade decretada, sendo expurgada do sistema jurídico.

Nesse ínterim, constitui exemplo desse *status* negativo o enunciado redacional da Constituição Federal, descrito no art. 5º, LVI:

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

Na seara do direito processual penal digladiam-se, desde sua origem, dois valores: a busca de uma verdade real dos fatos ocorridos, em que o juiz possa condenar ou absorver na justa medida, e o plexo de direitos mínimos do indivíduo que impede, obsta, o conhecimento dessa verdade real a qualquer custo.³

O conteúdo normativo que se extrai do enunciado redacional constitucional supra é de uma clareza solar. Ou seja, os interlocutores da persecução criminal não podem fazer uso de um conteúdo probatório formatado aos auspícios de regras e princípios constitucionais⁴⁵ e legais. E, caso haja a produção de provas, à burla desses limites à atuação estatal, deve-se declarar a invalidade delas, sendo expurgadas do processo, não podendo corroborar a formatação da decisão judicial.

³ “[...] Não existe mais a outrora tão propalada ‘verdade real’, muito menos o atingimento de tal verdade é o fim último do processo penal. Foi a crença em um modelo científico que permitiria, em qualquer caso, obter a verdade absoluta sobre os fatos, de um lado, e a importância política de um modelo de concentração de poder que desse ao julgador meios ilimitados para procurar tal verdade – mas, se sabia, sempre a ‘alcançaria’ – que justificaram o modelo inquisitório.

Aceitar que a verdade não pode significar mais de uma probabilidade elevada de que haja uma correta representação pelo sujeito cognoscente do objeto a ser reconhecido afasta a justificativa de que deve haver poderes ilimitados na busca de uma verdade absoluta, que seria o fim último contra o qual não se poderiam levantar barreiras” (BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 263).

⁴ Dentre eles o do devido processo legal, no qual os demais são derivados. “A obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas fundamentais de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal” (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 687).

⁵ “Há, inegavelmente, um acúmulo histórico a respeito da compreensão do *devido processo legal* que não pode ser *ignorado*. Ao longo dos séculos, inúmeras foram concretizações do devido processo legal que se incorporaram ao rol das garantias mínimas que estruturam o *devido processo*. [...]”

É preciso observar o *contraditório* e a *ampla defesa* (art. 5º, LV) e dar tratamento paritário às partes do processo (art. 5º, I, CPC); *proibem-se provas ilícitas* (art. 5º, LVI); o processo há de ser público (art. 5º, LX); garante-se o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); as decisões não de ser motivadas (art. 93, IX); o processo deve ter uma duração razoável (art. 5º, LXXVIII); o acesso à justiça é garantido (art. 5º, XXXV) etc. *Todas essas normas, princípios e regras, são concretizações do devido processo legal e compõem o seu conteúdo mínimo*” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 44. v. 1) (grifos nossos).

Constata-se que em nenhum momento, durante a extensa redação da Constituição Federal de 1988, extrai-se alguma prescrição normativa excepcionando o conteúdo do art. 5º, LVI, da Constituição. Doravante, não poderia o legislador infra-constitucional, simplesmente, excepcioná-la.

Todavia, foi o que se sucedeu com as disposições enunciadas dos parágrafos do art. 157 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.690/08, esta, um dos dispositivos legislativos de um conjunto responsável pelo chamado processo de reforma tópica do Código de Processo Penal brasileiro.⁶

Segue-se a nova redação do art. 157 do Código de Processo Penal:

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 (VETADO)

O enunciado redacional do *caput* vem ser a reiteração, na esfera legal, da vedação constitucional do uso de provas ilícitas. Já no §1º, há a confirmação, pelo legislador, da adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), no ordenamento jurídico brasileiro, cuja normatividade o STF já reconhecia desde 1993.⁷

Segue trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

[...] o caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência americana constituiu sob a denominação de princípios dos “fruits of the poisonous tree”: é que às provas diversas do próprio conteúdo das conversações telefônicas interceptadas só se pode chegar, segundo a

⁶ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Reforma tópica do processual penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Renovar, 2012.

⁷ “Ementa: [...] no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente” (STF, Pleno. *Habeas Corpus* nº 69.912-RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julg. 16.12.1993).

própria lógica da sentença, em razão do conhecimento delas, isto conseqüência da interceptação ilícita de telefonemas [...].⁸

Nesse ínterim, o legislador, empolgado com o sistema jurídico norte-americano, não só importou a vedação da derivação da prova ilícita, como formas ao seu abrandamento. Pode-se dizer que o legislador cria um verdadeiro umbral jurídico,^{9 10} com um fim nobre que é evitar a impunidade, todavia, às custas de garantias históricas constitucionais.¹¹

E qual a razão dessa afirmação tão dura? Primeiro, o legislador fora atécnico dando o conceito de certa forma de mitigação a outra;¹² segundo, a definição dada não retrata de forma fidedigna o tipo de mitigação elegida; e terceiro e mais importante, o legislador infraconstitucional está excepcionando uma norma constitucional negativa que o constituinte originário não excepcionou.

É em face desse cenário, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa e dos métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e

⁸ STF, Pleno. *Habeas Corpus* nº 69.912-RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julg. 16.12.1993 (Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_69912_RS%20_30.06.1993.pdf?Signature=aFVpkGH6NZczYyhQHQG3ldY%2Bhg4%3D&Expires=1397495232&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf>. Acesso em: 18 fev. 2014).

⁹ Aqui faz-se uso de uma terminologia espírita para referendar uma desorganização, um caos jurídico.

– O Umbral – continuou ele, solícito – começa na crosta terrestre. É a zona obscura de quantos no mundo não se resolveram a atravessar as portas dos deveres sagrados, a fim de cumprí-los, demorando-se no vale da indecisão ou no pântano dos erros numerosos.

[...] O Umbral funciona, portanto, como região destinada a esgotamento de resíduos mentais; uma espécie de zona purgatorial, onde se queima a prestações o material deteriorado das ilusões que a criatura adquiriu por atacado, menosprezando o sublime ensejo de uma existência terrena. [...]

– O Umbral é região de profundo interesse para quem esteja na Terra. Concentra-se, aí, tudo o que não tem finalidade para a vida superior” (LUIZ, André. *Nosso lar – A vida no mundo espiritual*. Psicografado por Francisco Cândido Xavier. 4. ed. Brasília: FEB, 2010. p. 75-77).

¹⁰ “Pretendeu o legislador incorporar tais limitações ao direito brasileiro nos §§1º e 2º do art. 157, mas o fez de maneira infeliz, exigindo que tais dispositivos sejam cuidadosamente interpretados sob pena de se esvaziar a própria regra geral da inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 87).

¹¹ “Referida doutrina tem sido objeto de mitigação em razão de o seu alarga, mento ter o condão de produzir um quadro de impunidade, tendo em vista que, em alguns casos, toda a persecução penal restará obstada pelo simples fato de que o conhecimento inicial da infração se deu por meios ilícitos [...]” (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 688). “É esse movimento histórico de ampliação e aprofundamento que justifica o princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, isto é, do conjunto dos direitos fundamentais em vigor. Dado que eles se impõem, pela sua própria natureza, não só aos Poderes Públicos constituídos em cada Estado, como a todos os Estados no plano internacional, e até mesmo ao próprio Poder Constituinte, à Organização das Nações Unidas e a todas as organizações regionais de Estados, é juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais, por via de novas regras constitucionais ou convenções internacionais” (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79).

¹² “Note-se que a Lei nº 11.690/08 comete um equívoco técnico. No art. 157, §2º, ao pretender definir o significado de ‘fonte independente’, [...]”

A nosso aviso, essa é a definição de outra hipótese de aproveitamento da prova, qual seja, a *teoria da descoberta inevitável*, [...]” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 354).

analítico, que se buscará questionar a validade do conteúdo normativo do art. 157 do CPP, modificado pela Lei nº 11.690/08, tendo em vista a sua inadequação com a norma constitucional.

2 Da prova ilegal

A prova ilegal seria o gênero o qual possuiria duas espécies, a prova ilícita e a prova ilegítima.¹³ A prova ilícita se constituiria quando do desrespeito à normatividade de caráter material.¹⁴ Já a prova ilegítima seria originada quando da violação de preceitos normativos formais (processuais).¹⁵

Essa distinção entre prova ilegítima e ilícita possui uma razão de ser, não se reduzindo a uma mera classificação. Ao se constatar se a prova vem por violar norma de natureza material ou norma de natureza formal, o tratamento jurídico a ser dado é diverso. Nas provas ilícitas haverá o seu desentranhamento do processo; nas provas ilegítimas elas seguirão as regras aplicadas as nulidades do processo penal.¹⁶

2.1 Teorias sobre a admissibilidade ou não das provas ilícitas

Pode-se dizer que sobre essa temática desenvolveram-se quatro teorias: uma da admissibilidade da prova ilícita; outra pela inadmissibilidade absoluta; outra pela admissibilidade a partir na proporcionalidade; por fim, pela admissibilidade com fulcro na proporcionalidade *pro reu*.

Pela teoria da admissibilidade da prova ilícita, fica claro que a Constituição não é o cerne do sistema, o qual irradia normatividade, tendo o caráter cogente. Nessa perspectiva, admitia o uso de provas ilícitas desde que a norma processual não vedasse. Ou seja, prevalecia o conteúdo nas normas infraconstitucionais processuais em relação à norma constitucional.

¹³ A distinção entre prova ilícita e prova ilegítima foi proposta pelo jurista italiano Pietro Nuvoione (cf. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – Intercaptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 42). “[...] a classificação de Nuvoione, verifica-se que a prova será ilegal sempre que houver violação do ordenamento como um todo (leis e princípios gerais), quer sejam de natureza material ou meramente processual. Ao contrário, será ilícita a prova quando sua proibição for de natureza material, vale dizer, quando for obtida ilicitamente” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 269-270).

¹⁴ Clássicos exemplos seriam a confissão obtida por meio de tortura (viola a norma material que tipifica o crime de tortura) e a prova obtida por invasão à domicílio (viola o tipo penal da inviolabilidade de domicílio).

¹⁵ Seria exemplo o não cumprimento das normas processuais penais que vedam o depoimento de fatos que envolvam sigilo profissional (art. 207 do CPP) (cf. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – Intercaptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 43).

¹⁶ “O novo dispositivo define (caput do art. 157) como provas ilícitas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, devendo-se entender como normas legais apenas as de natureza material, precipuamente as que definem as infrações penais. Não se pode abranger, aí, as normas processuais, pois, em relação a essas, o regime é outro, de vez que, em caso de serem ofendidas, resolve-se pela declaração de nulidade, enquanto, em caso de ilicitude na produção da prova, deve ela ser desentranhada” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 86).

Essa é uma posição, hoje, minoritária, não só por estar embasada no paradigma do não reconhecimento da força normativa da Constituição, mas, também, por ser um paradoxo.¹⁷ Perceba que o mesmo objeto, produzido ilicitamente, poderia ser considerado corpo de delito em um processo, para condenar aquele que o produziu, bem como seria válido para efeitos processuais penais, como prova, em outro processo.

Já na segunda teoria, defende-se a inadmissibilidade absoluta de qualquer prova ilícita, a partir de uma interpretação literal do art. 5º, LVI, da Constituição Federal. A crítica paira no fato de que nada no direito é absoluto e, doravante, entendendo-se o dispositivo como princípio constitucional, este é flexível, plasmando sua normatividade em face do caso concreto, tendo em vista o uso da ponderação. Não aplicar-se-ia a regra do “tudo ou nada”.

No trecho do voto do Ministro Mauricio Correia, percebe-se que tal teoria teve respaldo no seio do STF:

[...] Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, que a exclusionary rule – considerada essencial, pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado – destina-se a proteger os réus, em sede processual penal, contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (*Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493, 1967 – *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961 – *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 1962, v.g.), impondo, em atenção ao princípio do due process of law, o banimento processual de quaisquer evidências que tenham sido ilicitamente coligidas pelo Poder Público.

No contexto do sistema constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o sentido e o alcance do art. 5º, LVII da Carta Política, tem repudiado quaisquer elementos de informação, desautorizando-lhes o valor probante, sempre que a obtenção dos dados probatórios resultar de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo (RTJ 163/682 RTJ 163/709) I ainda que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508). [...]¹⁸

Pela terceira corrente haveria a possibilidade de flexibilizar a vedação das provas ilícitas em face do princípio da proporcionalidade. Em decorrência do uso da ponderação, admitir-se-ia o uso da prova produzida ilicitamente quando em jogo relevantes interesses públicos a serem protegidos, sendo a prova ilícita a única forma de proteger ditames fundamentais.¹⁹

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 609.

¹⁸ STF, 2ª Turma. *Habeas Corpus* nº 80.948-ES. Rel. Min. Néri da Silveira. Julg. 7.8.2001.

¹⁹ “Quanto à possibilidade de se acolher a prova ilicitamente produzida, parcela da doutrina costuma trabalhar com a *teoria da proporcionalidade* (‘teoria da razoabilidade’ ou ‘teoria do interesse predominante’), cuja finalidade é equilibrar os direitos individuais e os interesses da sociedade, não se admitindo, pois, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos.

Seria o uso da proporcionalidade em sentido estrito, em que nenhum direito fundamental é absoluto, devendo preponderar um sobre o outro, em face do caso concreto, quando em conflito. De tal sorte, haveria situações nas quais a vedação do uso de provas ilícitas deveria ceder em face de outros direitos fundamentais.

Em relação a tal corrente, destaca-se o pensamento do professor Guilherme de Souza Nucci sobre o perigo de adotá-la:

Sob nosso ponto de vista, não seria momento para o sistema processual penal brasileiro, imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade. Necessitamos manter o critério da proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância.²⁰

3 Da prova ilícita por derivação

O que seria a prova ilícita por derivação senão a contaminação/mácúla de uma prova ulterior, a qual fora produzida em conexão com uma prova anterior, que não respeitou os ditames de normas materiais.²¹

Ou seja, a prova que derivou de uma prova ilícita também ilícita é. Isso é de uma clareza solar, pois é uma questão lógica, não se justificando o porquê de esse assunto tornar-se um debate tão longo, que se arrastou da década de 80 até o primeiro pronunciamento do STF, em 1993, que reconhecia o princípio da contaminação (*fruits of the poisonous tree*).

Sem falar do deslumbramento que acontece, na faculdade de direito, quando o professor explicita a teoria dos frutos da árvore envenenada, afirmando que é adotada pelo STF. Dá a impressão que surgiu um novo paradigma para o direito. A teoria *fruits of the poisonous tree* galgou um patamar de algo místico no direito brasileiro.

Sustentam os defensores dessa posição que é preciso ponderar os interesses em jogo, quando se viola uma garantia qualquer. Assim, para a descoberta de um sequestro, libertando-se a vítima do cativeiro, prendendo-se e processando-se criminosos perigosos, por exemplo, seria admissível a violação do sigilo das comunicações, como a escuta clandestina" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 95).

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 95.

²¹ "A *fruit of the poisonous tree doctrine* consiste em que se devem considerar ineficazes no processo, e, portanto, não utilizáveis, não apenas as provas obtidas ilicitamente, mas também aquelas outras provas que, se em si mesmas poderiam ser consideradas lícitas, se baseiam, derivam ou tiveram sua origem em informações ou dados conseguidos pela prova ilícita" (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 274). "Trata-se de hipótese em que, a partir de prova obtida ilicitamente, chega-se a uma prova que, vista isoladamente, seria lícita" (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 86).

3.1 As formas de mitigação da prova ilícita por derivação inseridas no Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690/08

Com a Lei nº 11.690/08, tem-se a consagração legal da vedação da prova ilícita por derivação, sendo referendado pelo legislador o posicionamento do STF, após 15 anos do seu primeiro julgado adotando a teoria *fruits of the poisonous tree*. Todavia, copiou-se do ordenamento estrangeiro, também, algumas formas de mitigação de tal teoria, sem atentar para a adequação de tais institutos no sistema jurídico pátrio.

3.1.1 Teoria da fonte independente (*independent source*)

Segundo a redação do §2º do art. 157 do CPP, 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.

Constata-se, do dispositivo legal, supra, a falta de cuidado do legislador, pois a definição ora dada não corresponde à teoria da fonte independente, mas sim à teoria da descoberta inevitável,^{22 23} segundo a definição dada na normativa estadunidense.²⁴

Coaduna-se com a crítica do professor Gustavo Badaró:

Já o §2º do art. 157 do CPP, ao procurar definir o que se considera como fonte independente, foi extremamente infeliz. A regra legal, pretendendo definir a fonte independente, parece ter definido outra exceção, da descoberta inevitável, fazendo-o, porém, em termos tão amplos que pode anular a própria regra geral da vedação das provas ilícitas derivadas [...].²⁵

Na teoria da fonte independente, tem-se a possibilidade de validar o conteúdo da prova, para a qual foram utilizados meios persecutórios ilícitos, tendo em vista que ela já se encontrava pré-constituída, ou fora constituída, posteriormente, decorrente de uma fonte autônoma legítima, sem qualquer relação com a prova original ilícita.²⁶ Ter-se-ia, assim, a quebra do nexo de causalidade que macularia a prova.

²² “Por outro lado o §2º, pretende definir o que é ‘fonte independente’, mas acaba definido não esta, mas de forma ainda mal feita, a descoberta inevitável” (LIMA, Marcellus Polastrí. *Curso de processo penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 446).

²³ “Assim, a adoção do conceito de fonte independente na letra da lei ora reformada é falha, existindo uma má redação no dispositivo [...]” (LIMA, Marcellus Polastrí. *Curso de processo penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 447).

²⁴ Cf. FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 727 e LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 896. v. I.

²⁵ BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 290.

²⁶ “*Fonte independente de prova (FIP)* é aquela que foi obtida sem qualquer relação, direta ou indireta, com a prova ilícita. Trata-se de um meio de prova que tem vida própria, autônoma, lícita e que não é contaminada e nem contamina qualquer outra fonte de prova, exatamente pela sua licitude” (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 475).

Na ilação do professor Gustavo Badaró, essa hipótese não seria caso de exceção à regra, ou seja, de mitigação da prova ilícita por derivação, pois como não há nexos de causalidade entre a prova ilícita originária, não se teria o problema da prova ilícita por derivação, pois esta é lícita de *per si*.²⁷

O professor Marcellus Polastri Lima afirma que tal teoria fora adotada pela Suprema Corte americana “em 1920 no caso *Silverhorne v. United States*, sendo desenvolvida no caso *Nardone v. United States* de 1939 [...]”.²⁸

Já os professores Denílson Feitoza²⁹ e Renato Brasileiro Lima³⁰ fazem referência aos casos *Bynum v. United States*, de 1960, e *Murray v. United States*, de 1988.³¹

No primeiro julgado, tratava-se da produção da prova datiloscópica:

[...] inicialmente a corte excluiu a identificação dactiloscópica que havia sido feita durante a prisão ilegal do “acusado” Bynum. Quando este foi novamente “processado”, o “governo” utilizou um antigo conjunto de planilhas dactiloscópicas de Bynum que se encontrava nos arquivos do FBI e que correspondiam às impressões digitais encontradas no local do crime. Como a polícia tinha razão para verificar as antigas planilhas de Bynum independentemente da prisão ilegal e como as impressões digitais de tais planilhas tinham sido coibidas anteriormente sem qualquer relação com o roubo investigado dessa vez, as antigas planilhas foram admitidas como uma prova obtida independentemente, de maneira alguma relacionada à prisão ilegal.³²

Já no segundo julgado:

[...] após perceberem uma atividade suspeita de tráfico de drogas em lima residência, policiais entraram ilegalmente na casa e confirmaram a suspeita; posteriormente, requereram um mandado judicial para a busca e apreensão indicando apenas as suspeitas e sem mencionar anterior entrada e, de posse do mandado, entraram novamente na residência e apreenderam as drogas. A Corte entendeu que a prova era válida, pois, ainda que os policiais não houvessem realizado a primeira violação, de qualquer forma seria obtido o mandado a justificar a segunda entrada legal, com base apenas nos indícios iniciais.³³

²⁷ BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 290.

²⁸ LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 445.

²⁹ FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 727.

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 896-897. v. I.

³¹ O caso *Murray v. United States* também é citado por Aury Lopes Jr. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 615).

³² FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 727.

³³ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 897. v. I.

3.1.2 Teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery*)

No que tange à teoria da descoberta inevitável, a prova derivada da ilícita seria válida desde que se constatasse que ela seria produzida (descoberta), inevitavelmente, pela práxis da persecução criminal.

[...] Na descoberta inevitável admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita. Exemplo: ainda que ilícito o ingresso da autoridade policial em determinada residência, a eventual descoberta de um cadáver no local não impedirá que se inicie investigação acerca de homicídio (se houver elementos nesse sentido), devendo-se adotar os meios de prova que rotineiramente são utilizados na investigação de crimes dessa natureza.³⁴

Afere-se que, enquanto na teoria da fonte independente há uma quebra do nexo de causalidade,³⁵ na teoria da descoberta inevitável desenvolve-se um “distanciamento”, um enfraquecimento desse nexo causal entre a prova ilícita original e a derivada.

A doutrina³⁶ aponta o caso *Nix v. Williams-Williams II*, de 1984, como o *leading case*, do qual surge a teoria ora analisada:

[...] em que uma declaração obtida ilegalmente do “acusado” revelou o paradeiro do corpo da vítima de homicídio numa vala de beira de estrada, mas um grupo de duzentos voluntários já estava procurando pelo cadáver conforme um plano desenvolvido cuidadosamente, que eventualmente teria abrangido o lugar onde o corpo foi encontrado. A Suprema Corte entendeu que a “doutrina dos frutos” não impediria a admissão de prova derivada de uma violação constitucional, se tal prova teria sido descoberta “inevitavelmente” por meio de atividades investigatórias lícitas sem qualquer relação com a violação, bem como que a “descoberta inevitável” não envolve elementos especulativos, mas concentra-se em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação. [...] ³⁷ ³⁸

³⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. Atlas: São Paulo, 2012. p. 355.

³⁵ “Já a teoria da fonte independente baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita). [...]” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. Atlas: São Paulo, 2012. p. 355).

³⁶ Cf. FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 727. Cf. LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 898-899. v. I; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 615; NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 269-275.

³⁷ FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 728.

³⁸ “[...] No caso em julgamento, o acusado havia matado uma criança e escondido seu corpo. Foi realizada uma busca no município, com 200 voluntários, divididos em zonas de atuação. Durante essa busca, a polícia obteve ilegalmente a confissão do imputado, o qual especificou o local onde havia ocultado o corpo, tendo ele sido efetivamente encontrado no local indicado. Contudo, pela sistemática das buscas realizadas, em poucas horas os voluntários também teriam encontrado o cadáver. Logo, a descoberta foi considerada inevitável e, portanto, válida a prova [...]” (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 615).

Destaca-se o pensamento de Nelson Nery Júnior, o qual argumenta pela inaplicabilidade dessa teoria por afronta à Constituição, tendo em vista que a sua aplicação se desenvolve a partir de meras conjecturas, nas quais a vagueza prevalece, não justificando, de tal modo, a violação aos direitos fundamentais:

A mitigação da *inevitable discovery* não pode ser aplicada em nosso ordenamento, posto que violadora de direitos fundamentais. Daí a necessidade de conferir-se ao CPP 157 §§1º e 2º interpretação conforme a Constituição. A descoberta inevitável é inconstitucional porque viola a CF 5º LVI. Isto porque a construção da *inevitable discovery doctrine* baseia-se em juízos hipotéticos, ou meras suposições e conjunturas, dificilmente conciliáveis com as exigências provem entes do princípio da presunção de inocência (CF 5º LVII).

A prova proveniente da *inevitable discovery* é ilícita e ineficaz. Não pode ingressar eficazmente no processo a prova oriunda de tais diligências [...], e sim de juízo hipotético extremamente vago, que não pode ser utilizado para legitimar violações aos direitos fundamentais.

[...] A dignidade da pessoa humana não pode ser refém de exercício de futurologia, motivo pelo qual é inconstitucional a utilização da *inevitable discovery* [...].³⁹

4 Um discurso pela inconstitucionalidade das hipóteses de relativização da vedação da prova ilícita por derivação definidas nos §§2º e 3º do art. 157 do Código de Processo Penal

Apesar da jurisprudência do STF, não perfilhamos como válidas, por ofensa direta à Constituição, as hipóteses de mitigação da teoria dos frutos da árvore envenenada, trazida à baila pelo legislador infraconstitucional, nos §§2º e 3º do art. 157 do CPP, por ampliar o poder de persecução criminal do Estado, além dos limites, expressamente ditados, do art. 5º, LVI da CF/88.

Nesse ínterim é o pensamento do professor Paulo Rangel: “[...] o Código amesquinhou a Constituição e nesse particular aspecto é inconstitucional porque diminuiu o seu alcance. O princípio existe, está no art. 5º, LVI: ‘são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos’. Não precisamos de mais nada”.⁴⁰

Regra básica de hermenêutica: não pode o legislador excepcionar aquilo que a Constituição não excepcionou.

É pertinente o pensamento do professor Humberto Ávila, o qual vislumbra na norma da vedação as provas ilícitas como uma regra constitucional, o que impossibilitaria

³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 277-278.

⁴⁰ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 475.

o uso da técnica de ponderação, pertinente aos princípios, não permitindo, de tal sorte, qualquer forma de relativização da presente regra.

No caso de regras constitucionais, os princípios não podem ter o condão de afastar as regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano. Isso porque as regras têm a função, precisamente, de resolver um conflito, conhecido ou antecipável, entre razões pelo Poder Legislativo Ordinário ou Constituinte, funcionando suas razões (autorizativas) como razões que bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas). Daí se afirmar que a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E daí se dizer, por consequência, que, num conflito, efetivo ou aparente, entre uma regra constitucional e um princípio constitucional, deve vencer a regra. Por exemplo, se a Constituição possui uma regra vedando, de modo categórico, a utilização de prova ilícita, não caberão intérprete, por meio de uma ponderação de princípios constitucionais eventualmente aplicáveis, permitir a sua utilização, pois, nesse caso, a própria Constituição fez uma escolha que não pode ser desconsiderada pelo intérprete. Entender de modo contrário, é interpretar como descartáveis normas que a Constituição quis resistentes a uma ponderação horizontal, flexibilizando aquilo que ela quis objetivamente enrijecer.⁴¹

Não se pode coadunar com o argumento de que constituiria um abuso de direito a exclusão de toda prova produzida ilicitamente, pois isso seria proteger os “marginais da pior espécie” em detrimento da sociedade.⁴²

Perfila-se com o pensamento de Leonardo Costa de Paula: “Enquanto persistir no plano ôntico a fraudulenta visão de que as garantias são um extenso rol que deverão ser limitados não se poderá ir além da mera arbitrariedade”.⁴³

O inoidivável professor Aury Lopes Jr. alerta para o perigo da redação trazida pela Lei nº 11.690/08:

O princípio da contaminação (*fruit of the poisonous tree*) constituiu um grande avanço no tratamento de prova ilícita, mas que foi, infelizmente, atenuado, a ponto de a matéria torna-se perigosamente casuística. O tal raciocínio hipotético, a ser desenvolvido para aferir se uma fonte é independente ou não, conduz ao esvaziamento do princípio da contaminação [...].⁴⁴

⁴¹ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 17, p. 5-6, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

⁴² Cf. HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 11, p. 264-265, jan./jun. 2000.

⁴³ PAULA, Leonardo Costa de. A barreira intransponível das garantias individuais: impropriedade do abuso de defesa no processo penal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 5, v. VII, p. 413, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_7a_edicao.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2014.

⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 617.

O enunciado redacional do §2º do art. 157 do CPP vai de encontro ao princípio da taxatividade,⁴⁵ tendo em vista sua ausência de precisão que lhe dê contornos. É de um grau de vagueza tamanha que permite um amplo feixe de discricionariedade, por parte do magistrado,⁴⁶ para legitimarem-se certas provas.⁴⁷

Mais uma vez é pertinente a crítica do professor Aury Lopes Jr:

O art. 157 traz para o CPP alguma disciplina sobre as provas ilícitas. A inovação, que dará muita dor de cabeça para todos, é a pouca clara disposição acerca do nexos causal que define a contaminação e, ainda, a chamada teoria da fonte independente. Como regra, são disposições vagas e imprecisas que recorrem a aberturas perigosas, como “trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal”. O que é isso? Uma porta aberta para legitimar qualquer coisa que sirva à clara intenção de limitar ao máximo a eficácia do princípio da contaminação.⁴⁸

4.1 Uma reflexão

Como fruto das discursões na academia, juntamente com o jornalismo sensacionalista que retrata de forma distorcida os fatos ditos criminosos,⁴⁹ se extraem discursos falaciosos e equivocados⁵⁰ que vão desde “o direito só protege bandido”;

⁴⁵ “Contudo, querendo definir o que se deveria emender por fonte independente, o legislador utilizou no §2º fórmula excessivamente aberta e que mais se aproximaria de limitação da descoberta inevitável do direito norte-americano” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 88).

⁴⁶ “Permite ao magistrado no exame de ilicitude de uma prova derivada, afastá-la porque, segundo um juízo de probabilidade, a da se poderia chegar por meios de investigação ou de instrução, normalmente utilizados e mediante observância dos procedimentos estabelecidos em lei. Isso é perigoso, pois possibilita que, em qualquer hipótese, se avenge a viabilidade de a prova derivada ser atingida por forma lícita de investigação, embora ela tenha sido alcançada a partir de uma prova ilícita” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 88).

⁴⁷ “[...] Não é necessário demonstrar as dificuldades de o juiz concluir qual a versão verdadeira, mesmo porque o conceito de fonte independente do §2º é de tal maneira vago que não traz subsídio nenhum para resolver o problema” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 235).

⁴⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 618.

⁴⁹ “No mundo da globalização, dos negócios, transações, produções, e demais atividades econômicas e sociais, a informação constitui fator indispensável à própria existência e sobrevivência do homem. Não raro, nem sempre a informação se presta à sua função típica de conforto pelo conhecimento dos atos e fatos, mas também pelo incremento do medo e do desconforto psicológico advindo de seu conteúdo ou da forma como é repassada.

[...] Ainda que atualmente a informação, mormente a midiática, não atraia pura e simplesmente no tocante à exasperação das desgraças, sofrimentos e dores da vítima e de seus familiares, é patente a influência negativa que os noticiários policiais tem para o comportamento das pessoas.

[...] A informação, *lato sensu*, em especial aquela carregada de sensacionalismo, maximizando o sofrimento, revivendo diuturnamente os detalhes do delito, reprisando a cena de agressão e explorando os protagonistas do crime, possui inquestionável poder. Poder este de deliberação, ação e mandamento; vigor, potência, domínio, influência e forma; recursos e meios” (FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Um estudo acerca das relações entre a política criminal da sociedade de risco e a mídia: Abordagens críticas de suas influências em face da tutela penal da dignidade sexual infanto-juvenil. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 10, maio/ago. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/128-ARTIGO>. Acesso em: 18 jan. 2014).

⁵⁰ “A mídia promove a transmissão de imagens (de)codificadas da realidade, capacidade esta que se funda na alteração do conteúdo e significado dessa mesma realidade [...].

“bandido bom é bandido morto”; “deveria ser instituir a pena de morte para o traficante”; “o senhor só tem essa visão garantista porque a violência nunca lhe bateu à porta”; “só o marginal tem direito, cadê o direito do cidadão de bem?”.

É ululante a crise na segurança pública que vive o Brasil. Um dos elementos para constituir uma solução a esse problema crescente, sem dúvida, é o direito. Todavia, está-se a falar do fato criminoso, e, especificamente, da persecução criminal, realizada pelo Estado, desse fato tido por crime, numa perspectiva jurídica, tem-se que estudar essa figura dentro de um isolamento jurídico, o qual é constituído por uma estrutura normativa de regras e princípios.

Ultrapassar essa realidade constituiria a contaminação do sistema jurídico desvirtuando-se em algum hibridismo espúrio. “[...] o sistema jurídico é operativamente fechado”,⁵¹ isso a partir de uma visão luhmanniana.

Sendo assim, a lógica sistêmica jurídica opera em termos exclusivamente jurídicos, a partir de uma linguagem binária lícito/ilícito.⁵² A partir disso tem o direito a função única de garantir uma expectativa de direito, normativa.⁵³

Com isso extrai-se a seguinte premissa: o sistema jurídico distingue-se do sistema político e do sistema econômico,⁵⁴ o qual possui uma outra lógica, uma outra linguagem, com outras funções. “O direito positivo moderno trata de todo e qualquer tema ou caso, desde que juridicamente. A partir desse tratamento constrói sua diferença com outros sistemas e opera com elevado grau de complexidade interna”.⁵⁵

A inobservância da premissa supra acarreta atribuir ao direito funções além de suas possibilidades,⁵⁶ vindo este a ser reduzido como técnica do sistema político ou econômico,⁵⁷ quedando-se, assim, as fronteiras entre os sistemas e

[...] O sentimento de inquietude e revolta social ganha espaço, quando essas notícias chegam aos interlocutores, na voz de um inflamado comentador ou jornalista que tem a missão de contornar os fatos com sua espetacular capacidade de causar pavor e revolta naqueles que o vê e escuta, terminando, na maioria das vezes, seu diabólico discurso com jargões que sintetizam justamente aquilo que a população já amedrontada quer (e precisa) ouvir, dizendo todos quase que uníssonos: isso é uma vergonha. O crime e o criminoso são, para muitos desses, vergonhas, em especial aqueles que ousam praticar qualquer ato de violência sexual contra crianças e adolescentes” (FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Um estudo acerca das relações entre a política criminal da sociedade de risco e a mídia: Abordagens críticas de suas influências em face da tutela penal da dignidade sexual infanto-juvenil. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 10, maio/ago. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/128-ARTIGO>. Acesso em: 18 jan. 2014).

⁵¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 101.

⁵² Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105.

⁵³ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105.

⁵⁴ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 111.

⁵⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 88.

⁵⁶ “Transformar o Direito é o que está ao alcance do sistema jurídico. Pretende transformar, com a norma jurídica, a realidade econômica me parece uma ambição, um imperialismo que vai além das possibilidades do Direito” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 94).

⁵⁷ “Questão interessante e de grande importância para a presente reflexão é o fato de que, a nosso ver, dentre os ramos da ciência jurídica o Direito do Trabalho é, talvez, desde suas origens, o mais interdependente da Economia e dos ciclos econômicos, com todas as suas consequências no mercado de trabalho” (SCABIN, Roseli Fernandes. O direito do trabalho como limitador do poder econômico. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (Coords.). *CLT 70 anos de consolidação: uma reflexão social, econômica e jurídica*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 35).

consequentemente anulando ou corrompendo os limites impostos pelo direito, ao demais sistemas. Ter-se-ia a politização do direito e a mercantilização do direito.⁵⁸

É insofismável que o sistema operativo fechado, o qual é o direito, não possui controle sobre os sistemas que estão em seu entorno (político, econômico, das ciências). Da mesma forma, esse ambiente externo ao direito não consegue suprir o conteúdo típico e único do direito.

Nas palavras do professor Campilongo:

[...] A unidade, os limites e a especificidade do sistema jurídico são construídos a partir de dentro do próprio sistema jurídico, não são oferecidas pela economia nem pela ciência. A unidade do sistema jurídico é resultante do funcionamento do próprio sistema jurídico. A diferenciação entre o sistema jurídico, a ciência, a economia, a política, é uma diferenciação construída no interior do Direito. Isto limita muito o socorro que eu possa ter – com critérios hermenêuticos, ou, pelo menos, com critérios juridicamente admissíveis – de elementos exteriores ao sistema jurídico.⁵⁹

No momento que se busca desanuviar a questão de qual a função do direito e como ele desenvolve o seu programa no meio das interações complexas dos sistemas, revela-se com uma clareza solar que se está a atribuir funções e expectativas, ao direito penal e ao direito processual penal, para o combate à criminalidade, que não são de sua alçada. E o pior, estar-se a fazer sob o arripio das normas constitucionais, fruto de um longo e sofrido processo histórico de limitação do poder estatal, tendo por axioma a dignidade da pessoa humana como baluarte da constituição do Estado Democrático de Direito.

O Direito Processual Penal é animado pela função, não de proteger o violador da norma penal, mas sim para proteger o cidadão dos abusos e arbitrariedade daqueles investidos no poder estatal. Esse direito processual penal é um direito, em suas origens, garantista, cunhado com o desabrochar das declarações de direitos fundamentais e das primeiras constituições escritas, pós-Revolução Francesa.⁶⁰

⁵⁸ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105. “[...] A política não pode operar economicamente. O mesmo se diga do direito [...]” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 109).

⁵⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 94.

⁶⁰ “Na dimensão do neoconstitucionalismo ou do Estado Democrático-Constitucional, a Constituição, em especial quando trata dos direitos fundamentais, estabelece a base teórica de todo o ordenamento jurídico criminal, daí por que, para todos os efeitos, ao invés de falar-se em teoria geral do processo penal, apresenta-se mais apropriado perquirir de sua teoria constitucional, pois a história desse ramo do Direito – a investigação científica demonstra – confunde-se com a própria história dos direitos fundamentais.

[...] Os direitos fundamentais, portanto, formam o núcleo duro das regras processuais penais ou, em outras palavras, constituem a própria teoria constitucional do processo penal” (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Belo Horizonte: Renovar, 2007. p. 10).

Não se está a combater a criminalidade excepcionando a vedação constitucional ao uso de provas ilícitas, importantes tais normativas do sistema jurídico americano. Está-se, sim, autorizando a arbitrariedade dos agentes estatais em violar as prerrogativas mínimas do cidadão, num discurso ignóbil de que tal permissiva é fulcral para o encarceramento dos “meliantes” e conseqüente redução da criminalidade.

Acreditar em tal argumento é de uma ingenuidade ímpar.

A normatividade dos §§2º e 3º do art. 157 do CPP, que suprimem um direito fundamental do cidadão, em face da persecução criminal do Estado, não surtirá o efeito de redução da prática delitiva, ao contrário, estar-se-á fomentando a criminalidade, só que por parte dos representantes do Estado.

5 Considerações finais

Entre os direitos fundamentais do processo, extrai-se o direito fundamental à prova, no qual os dispositivos constitucionais asseguram a produção da prova admissível, sendo esta toda aquela que não seja ilícita.⁶¹

Da vedação ao uso de provas ilícitas está por se garantir o respeito aos direitos fundamentais da intimidade, privacidade, imagem, inviolabilidade de domicílio, principalmente.⁶²

Nesse ínterim, não perfilamos com o posicionamento trazido pelo legislador quando da redação do art. 157 do Código de Processo Penal, por meio da Lei nº 11.690/08, tendo em vista que amplia uma limitação ao poder persecutório criminal do Estado, além das premissas traçadas pela Constituição Federal.

Não só vislumbramos uma afronta direta à Constituição, no que tange à vedação expressa ao uso de provas ilícitas, como a redação ofertada pelo legislador impede o bom uso dos institutos mitigadores da teoria dos *fruits of the poisonous tree*, seja pela confusa e equívoca conceituação dos institutos mitigadores, os quais estão aquém do sentido dado pela jurisprudência americana, seja pela redação aberta, geradora de insegurança jurídica por tornar a aplicação das teorias da descoberta inevitável e da fonte independente meramente casuística, o que violenta o garantismo penal, insuflando a arbitrariedade estatal em desfavor do cidadão.

Sem dúvida, a simplória inteligência, ora esposada, será apontada como “defesa para bandido em relação ao cidadão de bem”.

Não olvidamos o problema crônico de segurança pública que é vivenciado no Brasil. Todavia, quer-se violentar a Constituição, mitigando garantidas galgadas a partir de um longo processo histórico de limitação do Estado frente ao cidadão,

⁶¹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 741-740.

⁶² Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 335.

acreditando na ilusão de que isso será um “poderoso” instrumento no combate ao crime.

Enquanto o Estado não estruturar a contento os partícipes da persecução criminal (magistrados, Ministério Público, Defensoria Pública, agentes de polícia, agentes penitenciários, delegados de polícia, peritos),⁶³ bem como desenvolver políticas criminais, fruto dos estudos da criminologia, a triste realidade que assola o Brasil permanecerá.

O problema não é de natureza processual penal,⁶⁴ mas, sim, de infraestrutura estatal, tanto no aspecto físico como humano. Até que a sua solução ocorra, a criminalidade aumentará e, não apenas isso, tentar-se-á suplantar as garantias mínimas do cidadão, em face de um “Estado de Defesa” perpétuo, com esdrúxulas reformas processuais, como se este tivesse um poder mágico de alterar a realidade, fruto de décadas de descaso do Estado.

Evidence of illegal: unconstitutional part of Law nº 11.690/08

Abstract: Undoubtedly the study of proof in criminal proceedings is a shooting field, generating endless controversies in doctrine, vacillations by the legislature and the need for uniformity in the case law. Within this theme, it brings to the fore the changes inserted in the Law nº 11.690/08, which confirmed the American theory of the fruit of the poisonous tree, the Brazilian legal code of criminal, arising Procedure and forms its relativization. Research on screen, making use of a method of qualitative analysis, using the methods of hypothetical-deductive approach of descriptive and analytical character, the bottom line is to analyze the constitutionality of hypotheses mitigation bypass illegal evidence, inserted by Law nº 11.690/08.

Keywords: Unlawful evidence. Fruits of the poisonous tree. Mitigation. Unconstitutionality. Law nº 11.690/08.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 17, p. 5-6, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

⁶³ É fato notório o déficit de servidores nessas respectivas áreas, além da falta de estrutura mínima para o serviço. Por exemplo, o edital para o primeiro concurso para defensor público, no estado do Paraná, fora publicado em maio de 2012. O fato comum, noticiado na imprensa, de boletins de ocorrência não registrados por ausência de papel e de investigações ou patrulhamento não realizados ou interrompidos por falta de gasolina nos veículos. No estado do Rio Grande do Norte, por exemplo, dos 303 cargos da magistratura estadual, apenas 152 estão providos, um déficit de quase metade. Como um magistrado pode ofertar a resolução de uma lide criminal se administra 10.000 processos? Quantos processos não têm o seu tempo extrapolado, porque não há defesa para o acusado ou membro do Ministério Público a contento? Quantas provas são perdidas, contaminadas ou invalidadas porque nossos centros técnicos de perícia (IMLS, ITEPs) estão sucateados, desativados ou são inexistentes?

⁶⁴ Não olvidamos, é claro, a necessidade de reforma do CPP, este galgado na década de 40, na era Vargas.

- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – Intercepções telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 dez. 2013.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: atualizada até a Emenda Constitucional nº 77*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 dez. 2013.
- BRASIL. Lei nº 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, relativos à prova, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11690.htm>. Acesso em: 20 dez. 2013.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 1
- FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.
- FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Um estudo acerca das relações entre a política criminal da sociedade de risco e a mídia: Abordagens críticas de suas influências em face da tutela penal da dignidade sexual infanto-juvenil. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 10, maio/ago. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/128-ARTIGO>. Acesso em: 18 jan. 2014
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 11, p. 264-265, jan./jun. 2000.
- LIMA, Marcellus Polastrí. *Curso de processo penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. v. I.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LUIZ, André. *Nosso lar – A vida no mundo espiritual*. Psicografado por Francisco Cândido Xavier. 4. ed. Brasília: FEB, 2010.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PAULA, Leonardo Costa de. A barreira intransponível das garantias individuais: impropriedade do abuso de defesa no processo penal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 5, v. VII, p. 413, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_7a_edicao.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2014.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

SCABIN, Roseli Fernandes. O direito do trabalho como limitador do poder econômico. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (Coords.). *CLT 70 anos de consolidação: uma reflexão social, econômica e jurídica*. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Belo Horizonte: Renovar, 2007.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Reforma tópica do processual penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Renovar, 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Das provas ilícitas: a inconstitucionalidade parcial da Lei nº 11.690/08. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 4, n. 19, p. 127-145, out./dez. 2015.
