

# A NOVA POSITIVAÇÃO NORMATIVA DAS PROVAS ILÍCITAS.

Rodrigo Lemos ARTEIRO<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho faz uma abordagem teórica acerca das inovações legislativas trazida para o Código de Processo Penal em matéria de prova ilícita.

**PALAVRAS – CHAVE:** Legalidade, Estado de Direito, Prova Ilícita, Sistema Processual, Persecução Penal, Fonte Independente, Indamissibilidade.

## 1 A disciplina legal das provas ilícitas em matéria penal

O pacto constituinte de 1988 fez aflorar no Brasil um Estado Democrático de Direito, significando portanto que o império da lei servirá de fonte para a delimitação e validação dos direitos fundamentais dos indivíduos. Portanto, por esta mesma razão, as instituições erigidas neste mesmo perfil estatal não podem se fundar em atos opostos ao Princípio da Legalidade. Neste panorama jurídico, temos em especial o Poder Judiciário que ao cumprir sua função institucional de distribuir justiça deve não somente exarar suas decisões em consonância com as normas de direito, como também manter-se adstrito aos limites delineados pela lei quando da utilização dos meios e procedimentos para a formação de seu convencimento.

O Sistema Processual Brasileiro desde o advento da Constituição Federal de 1988, disciplinou em seu texto como garantia fundamental do cidadão a vedação e a inadmissibilidade de se produzir em juízo qualquer tipo de prova ou elemento de convicção em desacordo com normas de direito.

Assim sendo, a ilicitude empregada nas provas adotadas na formação do convencimento de um juiz atualmente está, por respeito à um comando constitucional pétreo, desprovidas de força probatória.

---

<sup>1</sup> Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”.

Portanto, toda a conduta desalinhada com uma norma ou princípio jurídico não tem aptidão para servir como elemento de convencimento ou comprovação de fatos perante às instituições republicanas que fundam o Estado Constitucional e Democrático de Direito.

A Lei Maior do Estado Brasileiro assim define como cláusula pétrea a inadmissibilidade as provas ilícitas.

Art. 5º ...

Inc. LVI – São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Todavia, em meio ao atual Sistema Processual Penal, o ordenamento jurídico brasileiro passou recentemente por uma significativa evolução legislativa, com a edição da Lei Federal nº 11.690 de 09 de julho de 2008, que reformulou a redação do art. 157 do Código de Processo Penal, acabou por positivizar uma disciplina legal e infra-constitucional para o instituto da vedação das provas ilícitas e que antes desta modificação normativa mantinha um regramento genérico e principiológico tão-somente em âmbito constitucional.

A novel redação do art. 157 do Código de Processo Penal, se propõe a conceituar o instituto da prova ilícita, dispondo sobre os mecanismos de supressão dos efeitos desta prova no processo penal, bem como define a prova ilícita por derivação e a teoria da fonte probatória independente para os fins de se preservar os elementos de convicção que se apresentam aparentemente derivados de um ato processual ilícito, mas que rigorosamente não possuem sua gênese em qualquer prática ilegal.

Nesse passo, faz-se fundamental a visualização do novo texto legal.

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

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas ou outras, ou quando 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 da instrução criminal, seja 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.

O caput do art. 157 do CPP, define que a ilicitude da prova pode implicar também em uma inconstitucionalidade do meio de convicção, haja vista que a antijuridicidade pode advir de uma colisão com o texto constitucional, como também por contrariar normas legais. Nesta mesma linha de idéias, as doutrinas processualistas diferenciam as provas ilícitas estrito senso das provas ilegítimas, dizendo que as primeiras decorrem de uma insubordinação do meio de prova frente à um comando de direito material, enquanto que as provas ilegítimas são aquelas que afrontam normas de conteúdo processual.

O parágrafo primeiro do art. 157 do CPP, pela primeira vez na história legislativa pátria, se preocupou em normatizar a teoria do frutos da árvore envenenada, oriunda do Direito Norte-Americano lá denominada como “ fruits of de poisonous tree”, aqui didaticamente nominalizada como teoria da prova ilícita por derivação.

Insta esclarecer, que a elucidação dos delitos no tocante as suas autorias e materialidades decorrem de uma atividade investigativa e em meio a tal desiderato uma modalidade de prova colhida tem a aptidão de gerar outras provas, como se os investigadores dos fatos a serem provados estivesse montando um quebra cabeça. Por conseguinte, faz-se comum ao longo da persecução penal que uma prova posterior se fie em uma prova anterior gerando uma linha desdobramento lógico e cronológico rumo à obtenção da verdade dos fatos.

Em meio a este processo causal de obtenção das provas, pode ocorrer que umas das etapas deste arcabouço probatório ocasione a prática de um ato instrutório ilícito. Em havendo tal intercorrência antijurídica, a nulidade ali aportada contaminará todos os elementos de convicção que se sobrevierem, desde que correlacionados em uma relação de causa e efeito.

Frise-se portanto, que a prova ilícita por derivação parte da premissa de que a ilicitude não nulifica tão-somente a prova ilegalmente obtida, mas se

perpetua no curso do procedimento maculando também todo o conjunto das demais provas que foram obtidas ou desvendadas com uso imprescindível esta primeira que já era injurídica.

O mesmo parágrafo primeiro do art. 157 do Código de Processo Penal, além de disciplinar as provas ilícitas por derivação, prevê a chamada exceção de fonte independente, onde a teoria da prova ilícita por derivação comporta afastamento, se as circunstâncias do caso evidenciarem que as demais provas obtidas no curso da demanda em que pese cronologicamente posterior à uma prova ilegal não detém com esta um nexo de causalidade. Note-se que o desvendamento das provas posteriores àquela ilícita se forma de maneira dissociada das máculas de nulidades já presentes na fase instrutória do processo.

Convém esclarecer, que a prova nestes casos seria descoberta de maneira inevitável, portanto qualquer contaminação há que ser expurgada do processo, mantendo-se a prova produzida a posteriori, por ausência de um desdobramento causal entre a prova ilícita antecedente e a prova lícita conseqüente.

A aludida teoria da fonte independente também deriva do direito norte-americano lá denominada de “independent source”, tais fundamentos doutrinários já eram aplicados pelo Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência devidamente consolidada, porém atualmente está positivada e habita o texto do Código de Processo Penal.

Há que se mencionar, que não havendo a presença do pressupostos para a aplicação da teoria da fonte independente, será caso de fazer tramitar por provocação das partes um incidente processual de declaração da ilicitude da prova derivada.

O aludido incidente processual tramitará em apartado ao processo principal, em atenção aos Princípios da Economia Processual e da Celeridade do Processo, sem prejuízo para a marcha regular da relação jurídica processual. Assim sendo, em havendo a comprovação de que a prova produzida em meio a persecução penal é dotada de ilicitude por derivação, será o caso de o juiz declarar tal mácula com efeito retroativo “ex tunc” até o momento em que a prova foi produzida e de decretar o desentranhamento destas provas, para que fiquem extirpadas dos autos do processo e não servindo para influir nem fundamentar a

convicção de julgamento de qualquer órgão do Poder Judiciário.

## **2 Conclusão**

Diante do exposto, constata-se que as alterações acima mencionadas cumpriram um papel importante evoluindo o ordenamento jurídico brasileiro tornando texto de lei as orientações jurisprudenciais já consolidadas no Supremo Tribunal Federal em matéria de prova ilícita.

Nota-se a inserção de conceitos teóricos dos institutos supra aludidos no texto legal. Constata-se ainda, a criação de um procedimento para se estabelecer um debate judicial acerca da licitude ou ilicitude das provas trazidas à instrução.

A nova legislação combateu o subjetivismo interpretativos bem como os dilemas teóricos que se formavam entre os doutrinadores, de modo a apresentar um maior detalhamento legal para o tema das provas ilícitas, que de certa forma sempre ficava submetido à uma disciplina jurídica de caráter doutrinário, e portanto desprovido da objetividade e da segurança jurídica que uma norma-regra oferece aos operadores do direito.

A vedação das provas ilícitas e o seu regramento atualmente inserido no corpo do Código de Processo Penal, demonstra um fortalecimento dos institutos jurídicos no Brasil servindo de alicerce para um constante sedimentação do Estado de Direito e para a evolução do processo democrático vivenciado pela nação brasileira.

## **Referências Bibliográficas**

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Lisboa: Almedina, 2001.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 7.ed. São Paulo : Atlas, 2000.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso. ***Curso de direito constitucional positivo***.10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

TORNAGHI, Hélio. ***Curso de Processo Penal***. São Paulo : Saraiva, 1995. 2 v.