

## **AS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS E A REFORMA PROCESSUAL PENAL**

*Marco Bruno Miranda Clementino\**

### **RESUMO**

Concebida no direito americano, a teoria da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos foi incorporada no direito brasileiro por obra da jurisprudência. Diante disso, a evolução história mostrou certa instabilidade quanto à extensão da aplicação da teoria. Na recente Reforma do Código de Processo Penal, a matéria foi finalmente legislada no artigo 157, com a previsão da vedação do uso das provas obtidas por meios ilícitos e das provas ilícitas por derivação, com as exceções previstas no próprio preceito. No geral, consolidou-se na lei a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a matéria.

**Palavras-chave:** Provas ilícitas. Reforma. Código de Processo Penal.

### **1 INTRODUÇÃO**

Em 15 de dezembro de 2004, poucos dias após a aprovação da Reforma do Poder Judiciário por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, reuniram-se no Palácio do Planalto os chefes dos três Poderes para firmarem o Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano, por meio do qual foi selado um compromisso institucional em torno de algumas medidas prioritárias para aprimoramento do sistema judicial e, em especial, da prestação jurisdicional oferecida no Brasil.

O documento trazia ainda um pacote de projetos de lei tidos como prioritários dentro do objetivo de reformar o Judiciário, tornando-o mais ágil e mais aberto à sociedade. Eram projetos que viabilizavam mudanças de paradigmas profundos na legislação

---

\* Doutorando em Direito Penal (UFPE). Mestre em Direito Constitucional (UFRN). Especialista em Direito Tributário (IBET). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Membro do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte (TRE/RN). Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

infraconstitucional, porém em sua maioria de conteúdo procedimental, disciplinando sobretudo o direito processual geral, o direito processual civil e o direito processual penal.

Desse pacote saíram importantes medidas legislativas que revolucionaram o serviço judiciário, a exemplo da Lei nº 11419, de 19 de dezembro de 2006, que permitiu a informatização do processo judicial e possibilitou a adoção de procedimentos burocráticos mais consentâneos com o momento histórico, abandonando-se uma estrutura de origem mais remotamente medieval. No processo penal, as mudanças mais radicais foram promovidas mais recentemente, já no ano de 2008, com nova regulação no tocante ao processo no Tribunal do Júri, a questões procedimentais e à prova.

No que diz respeito à prova no processo penal, uma inovação de destaque foi a disciplina procedimental das provas obtidas por meios ilícitos, inclusive no que diz respeito às provas derivadas de provas ilícitas. Não se trata de uma questão propriamente inédita no direito nacional, até porque já havia a previsão do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, porém algumas questões que anteriormente somente haviam sido abordadas no campo jurisprudencial agora estão expressamente reguladas, com o estabelecimento dos necessários limites, na nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal.

No presente trabalho, propõe-se debater justamente a temática das provas ilícitas e, em especial, as destas derivadas, explicitando-se sua origem no direito comparado, sua evolução jurisprudencial no direito brasileiro e sua conformação na nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal, em cujo texto basicamente se sistematiza toda a construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) em torno da questão.

## **2 ORIGEM NO DIREITO COMPARADO**

A regra da inadmissibilidade das provas ilícitas surgiu no âmbito do direito processual penal da *common law*, fruto de uma construção da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. O primeiro precedente sobre o tema se deu em 1886, com *Boyd v. United States*, no qual

a Suprema Corte passou a adotar como razão de decidir a regra da exclusão, que ocorresse a violação, quando da obtenção ou produção de prova, tanto à Quarta (garante a segurança das pessoas, domicílios, documentos e bens contra buscas e

apreensões arbitrárias), quanto à Quinta Emenda (garante o direito do acusado de não produzir prova contra si) (NUNES, 2008, p. 479).

Mais adiante, no ano de 1914, decidiram os *Justices*, em *Weeks v. United States*, que a obtenção de provas em violação de domicílio implicava afronta à Quarta Emenda, estabelecendo-se então a *exclusionary rule* e, portanto, a proibição de utilização de provas obtidas por meios ilícitos em cortes federais. Esse precedente avançada em relação a *Boyd v. United States*, porque determinava a aplicação da *exclusionary rule* mesmo na hipótese de ser violada apenas a Quarta Emenda.

Depreende-se, pois, que a regra foi construída *on the case*, na linha da própria sistemática de fontes da *common law* e sob uma hermenêutica viva da Constituição dos Estados Unidos da América, para cuja proteção foi indiscutivelmente concebida. Aliás, o caráter instrumental da regra processual é percebido com bastante evidência no direito da *common law*, pois sua construção é normalmente justificada na necessidade de proteção de um determinado direito material e em especial de um direito constitucional. Neste caso, a Suprema Corte teve em mente a proteção dos direitos assegurados na Quarta Emenda:

O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Em *Weeks v. United States*, tendo sido constatada a obtenção de prova em violação às normas emanadas da Quarta Emenda, fixou-se a regra da inadmissibilidade da prova dentro do processo, que então se consolidou objetivamente para todo sistema judicial federal por meio do precedente vinculante (ou *stare decisis*). Curiosamente, somente em 1961 a regra foi estendida aos processos penais de competência das justiças estaduais, em *Mapp v. Ohio*.

Se isso não bastasse, como é próprio na dinâmica da teoria do precedente nos sistemas judiciais filiados à tradição da *common law*, foram sendo construídas, também *on the case*, hipóteses de aplicação da regra de acordo com novas circunstâncias que se projetavam casuisticamente. Foi assim que, no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, a Suprema Corte estendeu a *exclusionary rule* também às provas derivadas de provas ilícitas, tese que se consolidou no ano de 1939, em *Nardone v. United States*, na teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisoned tree*).

Por outro lado, em outros casos concretos, a aplicação da *exclusionary rule* parecia inadequada a fornecer uma resposta coerente à situação concreta que se apresentava. Assim, através das técnicas utilizadas na aplicação do precedente, como o *distinguishing*, o *overruling*, as decisões *per incuriam*, entre outros, a jurisprudência criou algumas limitações à incidência genérica da regra no tocante às provas derivadas de provas ilícitas. Disso decorre que a Suprema Corte afastou o seu caráter absoluto, de modo que, no contexto de sua jurisprudência atual, a aplicação respectiva submete-se a algumas limitações possíveis, as quais devem ser objeto de apreciação no caso concreto:

- a) limitação da fonte independente (*independent source limitation*), segundo *Wong Sun v. United States* (1963): aplicável aos casos em que os fatos apurados através de uma violação constitucional não sejam, necessariamente, inacessíveis ao tribunal, desde que possam ser provados por uma fonte independente;
- b) limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*), segundo *Nix v. Williams* (1984): a prova decorrente de uma violação constitucional pode ser aceita desde que possa, inevitavelmente, ser descoberta por meios jurídicos;
- c) limitação da descontaminação (*the purged taint limitation*), segundo *United States v. Ceccolini* (1978): em que pese ilícita a prova, pode ocorrer no processo algum evento apto de purgar o veneno, imunizando os respectivos frutos;
- d) limitação da boa-fé (*the good faith exception*), segundo *United v. Leon* (1984): concebida num caso concreto em que agentes policiais cumpriram mandado posteriormente invalidado, convictos de que estavam observando a regra da *exclusionary rule*.

Ainda no direito comparado, é possível identificar alguns institutos semelhantes à *exclusionary rule*, embora que com fundamento e conteúdo às vezes distintos, a exemplo das *beweisverbote* do direito alemão. Já houve pronunciamento do Tribunal Constitucional espanhol em diversos precedentes, remontando a 1982 o caso líder acerca do tema. No direito italiano, a inadmissibilidade das provas ilícitas está embutida no *giusto processo*, devidamente regulado na legislação infraconstitucional. Em Portugal, por sua vez, há norma expressa na Constituição estabelecendo a vedação, especificamente no artigo 32.8.

### 3 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

A valoração da prova ilícita não constitui temática recente no direito brasileiro. Segundo Walter Nunes (2008), três correntes doutrinárias distintas debatiam sobre os respectivos efeitos: a primeira sustentava que a captação ilícita de prova, em que pese criminalmente censurável, não era suficiente para contaminá-la, tendo em vista a separação entre o direito material e o processual; de acordo com a segunda, a prova resultaria inválida, dada a unidade da ordem jurídica, no que se aproximava da teoria da *exclusionary rule*; a terceira era mais flexível, entendendo-se que somente havia contaminação em caso de violação de norma constitucional ou princípio geral da Constituição, tendo-se em conta também o princípio alemão da proporcionalidade e o norte-americano da razoabilidade.

Inicialmente, predominava na doutrina a primeira corrente, priorizando-se a obtenção da verdade real no processo penal. No entanto, os processualistas penais aos poucos começaram a defender que o princípio da verdade real submetia-se a limitações de ordem ética, possibilitando o florescimento da tese segundo o qual são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos.

Na jurisprudência, constatam-se apenas alguns poucos precedentes antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, curiosamente a maioria deles em processos civis (RE 85.439, Rel. Ministro Xavier de Albuquerque, RTJ 84/609; RE 100.094-5, Rel. Ministro Rafael Mayer, RTJ 110/798). Na verdade, no processo penal, a regra somente foi confirmada pelo STF em 1986, no julgamento do HC 63.834-1, relatado pelo ministro Aldir Passarinho. Por outro lado, diante da previsão expressa, no texto original, do artigo 5º, LVI<sup>1</sup>, perdeu sentido a discussão sobre a validade ou não das provas obtidas por meios ilícitos, que passou a figurar como garantia constitucional do indivíduo.

No entanto, diante da premissa constitucional, veio à tona uma nova discussão decorrente do aprofundamento na aplicação do conceito e que, na verdade, já se travara na jurisprudência norte-americana: a disciplina das provas derivadas de provas ilícitas. Inicialmente, no âmbito da ação penal nº 307-3, relatada pelo ministro Ilmar Galvão, o STF decidiu pela incomunicabilidade das provas ilícitas. Todavia, o STF logo após mudou radicalmente seu posicionamento a propósito do tema e passou a aplicar a teoria dos frutos da árvore envenenada, na linha da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, o que predomina até hoje, inclusive depois de sucessivas mudanças de composição<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

<sup>2</sup> EMENTA: FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL - INADMISSIBILIDADE - ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE

DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) - SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE "CASA" - NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO.

ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTE E DE TERCEIROS.

- Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional.

- A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, "respeitados os direitos individuais e nos termos da lei" (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia - que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários - restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado.

A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI).

- Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, "embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita" (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes.

- Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF).

- O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do "privilege du préalable", não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes.

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

- A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A "Exclusionary Rule" consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal.

- A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes.

#### **4 NOVA REDAÇÃO DO ART. 157 DO CPP**

Após a consolidação jurisprudencial pelo STF, veio agora o legislador, num dos projetos de reforma da legislação processual penal, dispor expressamente sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas e também das provas ilícitas por derivação, na nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal:

- A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular.

- Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites - inultrapassáveis - que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros.

**A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.**

- Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

- A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

- A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

- 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.

- Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

- **A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.**

(STF. HC 93050. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Brasília, p. 700, 01 ago 2008, Seção 1).

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)

Não há propriamente uma inovação em face daquilo que vinha sendo decidido pelo STF a propósito do tema. Entretanto, tendo em vista as cada vez mais frequentes modificações na composição da Corte, a introdução da regra mediante ato legislativo tem relevância não apenas como expressão de segurança jurídica (tanto para os investigados em processo penal quanto para os agentes estatais responsáveis pela persecução penal), mas também pelo estabelecimento formal de um procedimento a ser observado nos casos concretos. Isso evita confusões que podem gerar nulidades e muitas vezes contaminar anos de investigação, em notável prejuízo de recursos públicos e em prejuízo da eficiência na persecução penal.

O Parlamento havia aprovado também, no § 4º, a regra segundo a qual “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. Todavia, o preceito normativo foi objeto de veto pelo presidente da República, que assim o justificou:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.

Realmente, não parece fazer sentido estabelecer-se uma hipótese de impedimento ao magistrado que tomou conhecimento da prova obtida por meio ilícito. Ora, trata-se de um profissional com preparo e conhecimento técnico suficientes para lidar no processo com uma prova excluída em função de ilicitude na captação. No convencimento motivado, o juiz somente poderá fazer uso das provas lícitamente colhidas e saberá racionalmente como preparar a decisão com base nestas. Caso assim não faça, estará exorbitando de suas funções e, portanto, sujeitos às sanções que o direito positivo para tanto estabelece. Aliás, se existe no magistrado um deliberado objetivo de prejudicar qualquer das partes, o fato de conhecer ou não o conteúdo de uma prova obtida por meio ilícito não será decisivo na orientação de sua conduta.

No mais, é importante destacar, no tocante às provas ilícitas por derivação, que se prevêem como exceções à regra geral, no artigo 157, § 1º, duas hipóteses: (a) salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras; (b) quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Assim, afora quanto à previsão expressa da limitação da fonte independente, o legislador brasileiro optou por um critério mais genérico, mas também mais formal. Ressalte-se que, segundo a jurisprudência norte-americana, até mesmo a boa-fé do agente policial pode afastar a contaminação da prova, nos casos em que se demonstre não haver um intuito deliberado de violar direitos do investigado.

## **5 CONCLUSÃO**

Conclui-se, enfim, que o artigo 157 do Código de Processo Penal veio sistematizar um conjunto de regras que já vinha sendo aplicado no direito brasileiro por força da jurisprudência do STF, em resguardo do disposto no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, que estabelece como direito individual do cidadão a inadmissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos.

O STF, a partir da determinação constitucional, incorporou ao direito brasileiro toda uma construção sobre provas ilícitas por derivação, estabelecendo um procedimento a ser observado nos casos concretos em que se verifique a possibilidade de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada e preservação da prova que não se considere contaminada. De um lado, oferece-se ao investigado maior segurança quanto à invocação da teoria, agora não mais submetida apenas ao crivo meramente jurisprudencial; de outro, resguarda-se a

investigação quanto à regulação da própria aplicação em si e também da incolumidade da prova restante.

Entretanto, é preciso considerar que a normatização foi bastante genérica e prestigiou critérios puramente formais, o que pode ensejar algumas dificuldades na aplicação aos casos concretos.

## REFERÊNCIAS

COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva. **Provas ilícitas no processo penal**. Brasília: Senado Federal, 1988. v. 25. n. 97.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. In: **Boletim do IBCCRIM**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2008. v. 16. n. 188.

DRESSLER, Joshua. **Understanding Criminal Procedure**. 3 ed. New York: Lexis Nexis, 2002.

MATTA, José Eduardo Nobre. A prova ilícita e o princípio da verdade real no processo penal – hermenêutica do art. 5º da Lei nº 9.296/96. In: **Direito Federal**. Brasília: Associação dos Juízes Federais do Brasil, 2001. v. 20. n. 66.

MOLINARO, Carlos Alberto. A questão da prova ilícita vista pelos tribunais. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 32. n. 145.

NUNES, Rafael de Oliveira. A questão da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal através da aplicação do princípio da proporcionalidade. In: **Revista da ESMape**. Recife: Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, 2007. v. 12. n. 26.

NUNES, Walter. Curso de Direito Processual Penal: **Teoria (Constitucional) do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na Reforma Processual Penal. In: **Boletim do IBCCRIM**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2008. v. 16. n. 188.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

ROQUE, André Vasconcelos. O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 32. n. 153.

SAAD, Marta. Lei 11.690/2008 e as provas ilícitas por derivação. In: **Boletim do IBCCRIM**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2008. v. 16. n. 188.

TUCCI, Rogério Lauria. Ordem judicial de busca e apreensão e ilicitude da prova dela extrapolante. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 95. n. 848.

## **THE BRAZILIAN EXCLUSIONARY RULE AND THE CRIMINAL PROCEDURAL REFORM**

### **ABSTRACT**

Conceived in American Law, the exclusionary rule was introduced in Brazilian Law by court precedents. Therefore the historical evolution has shown certain instability on the extension of its application. On the recent Procedural Criminal Code Reform, the subject has been finally legislated on Article 157, establishing the exclusionary rule and also the fruits of the poisoned tree doctrine, except for the limitations stated. In general, legislation has adopted most recent Federal Supreme Court precedents on the matter.

**keywords:** Exclusionary rule. Reform. Criminal Procedural Code.