

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

O VETO DO § 4º DO ARTIGO 157 DO CÓDIGO DE  
PROCESSO PENAL E A DESCONTAMINAÇÃO DO JULGADO

*Ubirajara Assis de Almeida<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup>Advogado. [biraassis@yahoo.com.br](mailto:biraassis@yahoo.com.br).

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

## SUMÁRIO

### 1 INTRODUÇÃO.

### 2 CONCEITO FINALIDADE E ESPÉCIES DA PROVA.

#### 2.1 PROVAS ILÍCITAS.

##### 2.1.1 Provas Ilícitas a Luz do Princípio da Proporcionalidade.

##### 2.1.2 Provas Ilícitas por Derivação.

### 3 O VETO DO § 4º DO ARTIGO 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A DESCONTAMINAÇÃO DO JULGADO.

#### 3.1 PRINCÍPIOS VIOLADOS COM O VETO § 4º DO ART 157 DO CPP.

### 4 CONCLUSÃO.

## RESUMO

O presente artigo examina o instituto da prova de forma geral, tendo como ponto de partida os princípios processuais a ela inerentes, analisando a relativização da prova ilícita, baseada no princípio da proporcionalidade, sempre em favor do acusado *pro reo*, não podendo ser admitida para interesses da acusação *pro societate*. Destacando a recente reforma trazida pela lei 11.690, de 10 de junho de 2008 que deu nova redação ao art. 157 do Código de Processo Penal e o inoportuno veto presidencial ao seu §4º. Este dispositivo trazia a importante teoria da descontaminação do julgado. Salientando ainda os princípios da imparcialidade e do juiz natural violados com o veto. Utilizando-se uma pesquisa de abordagem bibliográfica, explorando livros, leis, tratados, jurisprudências e artigos científicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio da Imparcialidade. Provas Ilícitas por Derivação. Veto do §4º do Código de Processo Penal.

## ABSTRACT

This article examines the rules of the generally basis proof, taking as a starting point the procedural principle of regarding proof, reviewing the concerning of illicit evidence, based on the proportionality principle, evermore in favor of the accused *pro reo*, that cannot be accepted for accusation of *pro societate* interests. Highlighting the recent reform brought by the law 11,690, June 10<sup>th</sup>, 2008 that gave new redaction to the article 157 of the code of criminal procedure and the inappropriate presidential veto of the §4<sup>th</sup>. This device brought the important theory of the non-conviction of the judges'. Emphasizing the principle of impartiality and judge natural violated with the veto.

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

Using the search of bibliographic approach, exploring books, laws, treaties, jurisprudential and scientific articles.

Keywords: Evidence by derivation. The principle of impartiality. Veto of the §4<sup>th</sup> of the code of criminal procedure.

## 1 INTRODUÇÃO

Com a recente reforma trazida pela lei 11.690, de 10 de junho de 2008, o Código de Processo Penal recebeu um novo texto ao art. 157. Este dispositivo foi totalmente renovado, ganhando uma legislação específica sobre as provas ilícitas por derivação ou *fruits of the poisonous tree*, criada pela Suprema Corte norte-americana e a importante inovação na temática da prova ilícita (a descontaminação do julgado, §4º).

Depois da reforma o art. 157 do CPP ficou com o seguinte texto:

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.

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

§ 4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (vetado)

Ocorre que o §4º que será o objeto principal do respectivo estudo foi vetado pelo Presidente da República, depois dos pareceres do Ministério da Justiça e da Advocacia Geral da União.

O argumento utilizado foi que o referido dispositivo vai de encontro com a reforma trazida pela lei, uma vez que iria retardar ainda mais a marcha processual. Ainda mais que o presente projeto tem a finalidade de imprimir a celeridade na prestação jurisdicional.

Segundo a doutrina de Luiz Flávio Gomes, o veto do referido dispositivo baseia-se exclusivamente no direito penal do inimigo, onde perdem lugar as garantias penais e processuais. “O Estado trata o sujeito não como cidadão e sim como oponente, punindo o acusado pelo que ele “é” e não pelo que ele “fez””. (Revista Jurídica Unicoc, Ano II, n.º2, 2005).

O dispositivo vetado retratava uma das garantias fundamentais em um estado democrático de direito, que é o princípio do juiz natural, insculpido no art. 5º, XXXVII e LIII da Carta da República de 1988.

Acerca deste tema, o trabalho irá destacar os principais pontos negativos sofridos com o veto do §4º, defendendo ainda que o mesmo continue válido doutrinariamente, pelo fato do Brasil ser signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. (O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA).

Em destaque, os princípios violados pelo veto do parágrafo em estudo, fundamentando o entendimento da impossibilidade de um julgamento imparcial, quando o magistrado tem contato com a prova contaminada.

## 2 CONCEITO FINALIDADE E ESPÉCIES DA PROVA

Destacando-se primeiramente o conceito Jurídico da palavra prova, do latim *proba*. Segundo Plácido e Silva:

[...] o vocábulo prova vem do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração, que se faz, pelos meios legais,

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

da existência ou veracidade de um ato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado. (1987, p. 491).

No entendimento de Fernando Capez:

Do latim *probatio*, é o conjunto dos atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros (p.ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a veracidade de uma alegação. (2008, p. 290)

Ainda, com o ensinamento de Vicente Greco Filho, que demonstra não ter a prova um fim em si mesma, dizendo que “a finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário”. (GRECO, 1997, p. 194)

Sendo assim, a prova tem a finalidade e o objetivo de demonstrar a veracidade dos fatos alegados por qualquer das partes (autor, juiz e réu), com a intenção de convencer o juiz, que é o destinatário final da prova, tendo ele o poder de julgar.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, existem três sentidos para o termo prova:

a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. (2007. p. 351).

Ainda existem os meios de prova que são classificados pela doutrina em nominados (típicos) e inominados (atípicos). Os meios de provas típicos são aqueles expressos no Código de Processo Penal (arts. 158 a 250). Os meios de prova (atípicos)

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

ou inominadas são aqueles que não estão previstos no ordenamento jurídico, mas são moralmente legítimos.

O Código de Processo Civil em seu art. 332 é claro em dizer: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

## 2.1 PROVAS ILÍCITAS

A Constituição da República de 1988 dispõe no inciso LVI, do seu art. 5º que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Utilizando, assim, a terminologia provas ilícitas de uma maneira genérica, englobando tanto as provas ilícitas propriamente ditas, como também as provas ilegítimas.

Segundo a classificação de Paulo Rangel, existem as provas ilícitas, ilegítimas e irregulares. Sendo estas espécies da prova ilegal que é o gênero. Tendo o seu ensinamento:

A prova ilícita é violadora do direito material. Seja porque a norma proíbe aquele tipo de prova (tortura, por exemplo), seja porque permite, mas desde que se cumpra com o que a norma exige (mandado de busca e apreensão para ingressar no domicílio). A prova ilegítima é aquela que é proibida pelo direito processual (depoimento de padre contra a sua vontade). A prova irregular é aquela que é colhida com desrespeito as formalidades legais existentes, não obstante ser permitida por lei (expedição de mandado sem o fim da diligência; depoimento de testemunha – parente sem a advertência de que não está compromissada a dizer a verdade). (2010, p. 465).

Em relação aos direitos individuais, (Eugênio Pacelli, 2007 p. 289) afirma que “a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias”.

O novo art. 157 do Código de Processo Penal aduz:

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

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.

Com a recente reforma o legislador codificou o rol de garantias individuais no Código de Processo Penal, acabando assim com questionamentos que eram trazidos ao processo sobre a admissibilidade ou não de tais meios de prova.

Observando que a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito, não admitindo a punição do acusado a qualquer custo. Como leciona Paulo Rangel:

[...] não se admite a punição do individuo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na constituição, como já dissemos, são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o direito positivo, como no passado. Hodiernamente, o grande embate é entre normatividade e efetividade nos direitos previstos na constituição, ou seja, estão previstos, disciplinados, consagrados (normatizados), mas não são garantidos, aplicados, concedidos (efetivados). (2010. p. 460)

Ainda, segundo Nestor Távora:

Evita-se, desta forma, a perpetuação no tempo dos efeitos deletérios que a prova ilícita pode causar. Detectando-se o vício na prova enquanto tal ou no procedimento de confecção, deve o magistrado, ouvindo as partes, determinar que a mesma seja desentranhada, e uma vez preclusa a decisão, haverá a destruição da prova ilícita, facultando-se às partes a acompanhar tal expediente [...]. (2009. p. 303).

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

Logo, qualquer meio de prova que não encontre respaldo nas garantias constitucionais vigentes, deverá ser expurgado imediatamente do processo. Sendo considerada ilícita, a prova será inutilizada por decisão judicial.

#### 2.1.1 Provas Ilícitas a Luz do Princípio da Proporcionalidade

Em alguns casos específicos, a prova tida como ilícita poderá tornar-se lícita, dependendo da gravidade do fato, atendendo assim ao princípio da proporcionalidade, conforme preceitua Alexandre de Moraes:

Saliente-se, porém, que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no princípio da proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito a intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização. (2006. p.98.)

Desse assunto trata Leandro Cadenas Prado, quando diz que:

Princípio da proporcionalidade: através desse princípio, pode-se contrapor a vedação constitucional às provas ilícitas ao direito, também constitucional, ao devido processo legal e à ampla defesa. Assim, se o uso de uma prova ilícita configura-se na única possibilidade de alguém provar sua inocência, a mesma pode ser considerada. Neste caso, interessante notar que tal prova, quando enquadrada nessa regra excepcional, perderia o caráter de ilicitude ou antijuricidade, passando, então, a ser tida por prova lícita. (2009. p. 31).

Neste aspecto é de fundamental importância a relativização dos direitos individuais, pois como afirma o autor retro mencionado, “nenhuma liberdade pública é

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

absoluta”, devendo ser analisado cada caso com suas peculiaridades e aplicar a lei no caso concreto.

O conflito entre bens jurídicos tutelados pelo ordenamento leva o intérprete a dar prevalência àquele bem de maior relevância. (Távora, Nestor. 2009. p. 310). Nesta linha está o *jus puniendi* estatal e a legalidade na produção probatória, do outro o *status libertatis* do réu, que objetiva demonstrar a sua inocência, devendo, no entanto, mesmo sendo a prova ilícita, prevalecer, em virtude de esta ser utilizada em seu benefício.

A prova ilícita, mesmo produzida ao arripio da lei pode e deve ser usada em favor do acusado, pois inadmissível que uma pessoa cumpra uma pena de um crime que não praticou. Conforme o ensinamento de Nestor Távora:

Entendemos que o princípio da proporcionalidade deve ser invocado, na sua essência, para preservar os interesses do acusado. Neste sentido, não há discrepância doutrinária ou jurisprudencial (concepção da prova ilícita utilizada *pro reo*). Na ponderação axiológica, a violação legal para a produção probatória, quando estritamente necessária, só se justifica para o *status* de inocência. Sabe-se contudo, que já se tem invocado o princípio em exame para tutelar os interesses da acusação (*pro societate*). A nosso ver, é uma contradição em termos, pois se é sabido que algumas modalidades de atividades criminosas exigem um aparato de produção probatória mais eficiente, com a realização de interceptação telefônica, a quebra de sigilos, a infiltração de agentes etc., estas ferramentas devem ser utilizadas nos estritos limites da lei. Não se justifica a quebra de garantias constitucionais, num Estado fora da lei, na busca do combate ao crime. (2009. P. 311).

A prova ilícita em favor do acusado, nada mais é do que a relativização dos direitos e garantias individuais elencados na Carta Magna, pois, entre o conflito de princípios que versam sobre o direito a intimidade, imagem ou propriedade e os que

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

garantem a liberdade ou a vida, não resta dúvida que a valoração destes últimos elencados são muito mais valorados em um Estado Democrático de Direito.

Conforme lição de Paulo Rangel (2010. p. 472), o acusado que produz uma prova ilícita em seu favor, deverá ser beneficiado pela teoria da exclusão de ilicitude. “Deve-se entender que o réu praticou conduta atípica, pois ele agiu em verdadeiro estado de necessidade, conduta esta que torna a prova que era aparentemente ilícita em uma prova lícita, válida, valorável em qualquer sentido”.

Contudo, vale destacar, que é inadmissível a utilização do princípio da razoabilidade para os interesses da acusação, posicionamento este que encontra amparo na Constituição da República de 1988 e na maioria da doutrina e jurisprudência brasileira. Servir aos interesses do Estado (*pro societate*), infringindo direitos e garantias previstas em lei, não é e nem pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

#### 2.1.2 Provas Ilícitas por Derivação

A teoria do fruto da árvore envenenada, ou *fruits of the poisonous tree*, criada pela Suprema Corte norte-americana, entende que os vícios da árvore se transmitem aos frutos.

Neste sentido o Direito Processual Penal Brasileiro recepciona este entendimento, objetivando assim a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas e também as denominadas ilícitas por derivação. Neste sentido leciona Bruno Fontenele Cabral:

A Doutrina dos frutos da árvore envenenada *fruits of the poisonous tree* foi criada e aperfeiçoada pela Suprema Corte norte-americana a partir do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States* (1920), em que a empresa *Silverthorne Lumber* tentou sonegar o pagamento de tributos federais. No combate à fraude, agentes federais copiaram de forma irregular os livros fiscais da referida empresa. A questão chegou ao conhecimento da Suprema Corte e se questionou, em

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

síntese, se as provas derivadas de atos ilegais poderiam ser admitidas em juízo.

A Suprema Corte, ao analisar o caso *Silverthorne Lumber Co v. United States* (1920) formou o posicionamento no sentido de que, ao se permitir a utilização de evidências derivadas de atos ilegais, o Tribunal estaria encorajando os órgãos policiais a desrespeitar a 4ª Emenda da Constituição norte-americana. Dessa forma, o tribunal decidiu pela inadmissibilidade das provas derivadas de provas obtidas ilicitamente.

Inicialmente, cumpre observar que a inspiração para a utilização da expressão *fruits of the poisonous tree* vem de uma passagem bíblica de São Mateus, que assim dispõe, *in verbis*: "Toda árvore boa dá bons frutos; toda árvore má dá maus frutos; Uma árvore boa não pode dar maus frutos; nem uma árvore má, bons frutos; Toda árvore que não der bons frutos será cortada e lançada ao fogo; Pelos seus frutos os conhecereis. (CABRAL, Bruno Fontenele. A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro. 19 abr. 2009)

Segundo, (Bruno Fontenele Cabral. 2009), apesar do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States* (1920) representar o início da doutrina dos frutos da árvore envenenada no direito norte-americano, somente em 1939, no famoso caso *Nardone v. United States* é que se faz menção expressa, pela primeira vez, à terminologia "*fruits of the poisonous tree*". Trecho do julgado histórico:

Argumentos sofisticados podem revelar um nexo de causalidade entre as provas obtidas por meio de interceptação telefônica ilegal e as provas obtidas licitamente pelos órgãos estatais. As a matter of good sense, however, such connection may have become so attenuated as to dissipate the taint. Por uma questão de bom senso, no entanto, a ligação pode se tornar tão tênue de forma a dissipar a mancha que macula a prova. A sensible way

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

of dealing with such a situation -- fair to the intendment of 605, but fair also to the purposes of the criminal law -- ought to be within the reach of experienced trial judges.(...) o juiz deve dar oportunidade (...) para o acusado provar que uma parcela substancial do processo contra ele foi um dos frutos da árvore venenosa. This leaves ample opportunity to the Government to convince the trial court that its proof had an independent origin. Isto deixa uma ampla oportunidade para o aparato estatal convencer o juiz que a sua prova teve uma origem independente." (CABRAL, Bruno Fontenele. A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro 19 abr. 2009). (Tradução livre)

Um exemplo clássico da prova ilícita por derivação é a obtenção de uma confissão mediante tortura, prova esta tida como ilícita. Mas diante desta tortura agentes policiais obtiveram uma busca e apreensão formalmente íntegra e conseguiram provas robustas que incriminam o acusado.

É correto reconhecer que a busca e apreensão está contaminada, pois decorreu de uma prova ilícita. Existindo uma prova ilícita, as demais provas dela derivadas, mesmo que formalmente perfeitas estarão viciadas. Este é o entendimento inclusive do Supremo Tribunal Federal. (HC 69912-0 – DJ 25/03/1994).

Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, ‘nas hipóteses e na forma’ por ela estabelecida, possa o juiz, nos termos do artigo 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à 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. (HC nº 69912-0/RS, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D. J. 25.03.94, deferido, por maioria)

O relator do HC nº 69.912-0/RS, Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, foi favorável ao deferimento do *habeas corpus*, conforme abaixo:

[...] 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 própria lógica da sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em conseqüência da interceptação ilícita de telefonemas [...] estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do *fruit of the poisonous tree* é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita [...] De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degradação’ das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela contidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas,

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.

O novo art. 157 do Código de Processo Penal trouxe em seu texto a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação. Conforme os seus §§ 1º e 2º, *in verbis*:

§ 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.

O supracitado artigo traz duas exceções, sendo estas o nexo de causalidade e as chamadas de (FIP), Fonte Independente de Prova. Conforme a lição do doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

Portanto, a prova derivada da ilícita deve ser expurgada do processo, pois é inadmissível para a formação da convicção judicial. Há duas exceções: a) inexistência de nexo causal entre a prova ilícita e a prova acoimada de derivada da primeira. É possível que determinada prova seja apontada por qualquer das partes como derivada de outra, considerada ilícita. Entretanto, feita uma verificação detalhada, observa-se que não existe nexo de causa e efeito entre elas. Por isso não se pode desentranhar a denominada prova derivada. Ex.: afirma-se que a apreensão do objeto furtado somente se deu em razão da confissão do indiciado, extraída sob tortura. Seria a referida apreensão uma prova ilícita por derivação. Ocorre que, pela data do auto da apreensão, constata-se que adveio antes da medida assecuratória

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

e, somente depois, o indiciado confessou a prática da infração. Logo, inexistente nexos causal entre ambas [...]. (2008. p. 356).

Guilherme de Souza Nucci, em considerações ao § 2º da mesma lei, leciona:

b) prova separada (ou fonte independente): significa que a prova obtida *aparenta* ser derivada de outra, reputada ilícita, porém, em melhor e mais detida análise, deduz-se que ela seria conseguida de qualquer jeito, independentemente da produção da referida prova ilícita. Deve ser validada. Exemplificando: o indiciado confessa, sob tortura e indica onde estão guardados os bens furtados. Enquanto determinada equipe policial parte para o local, de modo a realizar a apreensão, ao chegar, depara-se com outro time de polícia, de posse de mandado de busca, expedido de juiz de direito, checando e apreendendo o mesmo material. Ora, não se pode negar que o indivíduo foi torturado e, por isso, confessou e apontou o lugar onde estavam os bens subtraídos. Porém, não se pode, também, olvidar que o Estado – investigação, por *fonte independente*, já havia conseguido o dado faltante para encontrar a *res furtiva*. Em suma, não se pode desprezar o auto de apreensão, uma vez que se trata de prova separada. Ilícita será apenas a confissão, mas não a apreensão realizada. (2008. p. 356)

No ordenamento brasileiro, já se encontram vários julgados excluindo o uso de tal meio de prova, inadmitindo a condenação do acusado com base exclusivamente em provas adquiridas por meios ilícitos, como preceitua o trecho do julgado do STF: (informativo 514, HC 93.050/RJ. 2008).

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

A QUESTÃO DA DOCTRINA 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.

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

Neste sentido, ainda o informativo 514 do Supremo Tribunal Federal, HC 93.050/RJ. 2008. Expondo ser inadmissível a produção de provas em transgressão aos direitos e garantias constitucionais.

[...] 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.

Entretanto, quando a condenação do paciente não for obtida exclusivamente através de provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária ou uma ilicitude por derivação, não poderá ele alegar a teoria do fruto da árvore envenenada, ou *fruits of the poisonous tree*.

O Supremo Tribunal Federal, adotando uma das exceções a doutrina dos frutos da árvore envenenada, as chamadas Fontes Independentes das Provas (FIP). Trecho do HC nº 74.599/SP, Ministro Ilmar Galvão:

HABEAS CORPUS. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. NÃO-ACOLHIMENTO. Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam - não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido.

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

Diante das considerações feitas às provas ilícitas por derivação, o novo texto do art. 157 do Código de Processo Penal surgiu com a intenção de pacificar o assunto, normatizando a intolerância a este meio de prova.

### 3 O VETO DO § 4º DO ARTIGO 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A DESCONTAMINAÇÃO DO JULGADO

A reforma trazida pela lei nº 11.690/08, deu uma nova redação ao art. 157 do Código de Processo Penal. Foi introduzida uma importante inovação em seu texto, a descontaminação do julgado. Tendo em seu § 4º: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

No entanto, o § 4º foi vetado, com as seguintes razões: (elaboradas de acordo com pareceres do Ministério da Justiça e da Advocacia Geral da União):

Razões do veto:

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.” (GALVÃO, Bruno Haddad. *Lei 11.690/08 e a irrazoabilidade do veto presidencial ao §4.º do art. 157 julho 2008*)

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

Como afirma Luiz Flávio Gomes, a fundamentação do veto do referido dispositivo, baseia-se explicitamente no direito penal do inimigo, onde o Estado trata o sujeito não como cidadão e sim como inimigo. Conforme sua lição:

O direito penal do inimigo é uma teoria enunciada por *Gunther Jakobs*, um doutrinador alemão que sustenta tal teoria (*Feindstrafrecht*, em alemão) desde 1985, com base nas políticas públicas de combate à criminalidade nacional e/ou internacional.

A tese de *Jakobs* está fundada sob três pilares, a saber a) antecipação da punição do inimigo; b) desproporcionalidade das penas e a relativização e/ou supressão de certas garantias processuais; c) criação de leis severas direcionadas à clientela (terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros) dessa específica engenharia de controle social.

*Jakobs* refere-se ao inimigo como alguém que não admite ingressar no Estado e assim não pode ter o tratamento destinado ao cidadão, não podendo beneficiar-se dos conceitos de pessoa. A distinção, portanto, entre o cidadão (o qual, quando infringe a Lei Penal, torna-se alvo do direito penal) e o inimigo (nessa acepção como inimigo do Estado, da sociedade) é fundamental para entender as idéias de *Jakobs*. (GOMES. Revista Jurídica Unicoc, Ano II, nº 2, 2005)

Segundo ainda, Luiz Flavio Gomes, essa situação é típica de legislações criadas em caráter emergencial, para atender anseios da sociedade como um todo. O conteúdo do referido dispositivo retratava uma das garantias mais primorosas em um estado democrático de direito, que é a imparcialidade do julgador.

Como se vê, o dispositivo foi vetado por razões de eficácia do processo (celeridade, simplicidade, troca do juiz etc.). Mas jamais a lei processual penal cumpre bem o seu papel quando

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

deixa de conciliar a eficácia com as garantias do acusado. A eficácia cede quando se depara com uma garantia absolutamente imprescindível, como é a da imparcialidade do juiz. (GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita, juiz contaminado e o Direito Penal do inimigo. 17 de julho, 2008).

Vale ressaltar ainda, que a imparcialidade do julgador tem previsão expressa no art. 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 o (*Pacto de San José da Costa Rica*), o qual o Brasil é signatário. Eis o seu texto:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O *Pacto de San José da Costa Rica* apresenta em seu art. retro mencionado, uma das principais garantias que se tem o acusado: a garantia de um julgamento justo, sem vícios, sem maculas que possam trazer prejuízos desastrosos ao cidadão.

Luiz Flávio Gomes afirma que Convenção Americana sobre Direitos Humanos tem força constitucional, e segundo ele, mesmo vetado pelo Presidente da República o § 4º do art. 157 ainda continua sendo válido doutrinariamente.

Apesar do veto presidencial ao novo § 4º do art. 157 do CPP, tudo quanto acaba de ser dito não deixa de ser uma opinião doutrinária absolutamente respeitável e razoável. Conclusão: todo processo que contenha uma prova ilícita deve ser anulado, total ou parcialmente. Caso já tenha sentença, esta também deve ser anulada. Sempre. Em seguida, desentranha-se dos autos a prova ilícita, que será devidamente inutilizada. O ato seguinte consiste em refazer o processo ou proferir uma nova sentença,

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

não se admitindo a participação do juiz (anteriormente) contaminado, sob pena de gravíssima violação da garantia do juiz imparcial, contemplada no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita, juiz contaminado e o Direito Penal do inimigo. 17 de julho, 2008).

Como realçado no capítulo 1 deste artigo, a finalidade da prova é o convencimento do juiz que é o seu destinatário final, sendo assim, o contato do magistrado com a prova ilícita só pode trazer conseqüências catastróficas ao processo, pois a sua convicção será formada por um meio de prova incabível no sistema jurídico brasileiro.

Ressalta ainda Aury Lopes Júnior:

A desconsideração de que se opera uma grave contaminação psicológica (consciente ou inconsciente) do julgador faz com que a discussão seja ainda mais reducionista. Esse conjunto de fatores psicológicos que afetam o ato de julgar deveria merecer atenção muito maior por parte dos juristas, especialmente dos tribunais, cuja postura até agora tem-se pautado por uma visão positivista, cartesiana até, na medida em que separa emoção e razão, [...] o que se revela absolutamente equivocado no atual nível de evolução do processo. (2008, p. 544)

Neste sentido, mesmo o magistrado retirando dos autos a prova tida por ilícita, por violar o ordenamento jurídico vigente, o seu psicológico já sofreu uma grave contaminação, que será lançado em sua sentença no final do processo.

Segundo ainda, Aury Lopes Júnior,

Não basta anular o processo e desentranhar a prova ilícita: deve-se substituir o juiz do processo, na medida em que sua permanência representa um imenso prejuízo, que decorre dos pré-juízos (sequer é pré-julgamento, mas julgamento completo!) que ele fez. (2008, p. 546).

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

O Código de Processo Civil, no capítulo pertinente a suspeição, traz em seu artigo 135 parágrafo único: “Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo”. Por esta forma, o magistrado que se encontra em tal situação, deve declarar-se suspeito por motivo íntimo, não podendo dar continuidade ao processo, tendo em vista que a imparcialidade é requisito indispensável no julgamento da lide.

Diante disso, continua se sustentando a posição de que, quando o julgado estiver viciado, ou seja, quando o juiz que conheceu da prova declarada ilícita tiver que prolatar sentença, a saída para um julgamento mais imparcial e justo será a declaração de ofício pelo magistrado.

Luiz Flávio Gomes cita ainda, Aury Lopes Junior:

Não se pode mais desconsiderar que a sentença é um ato de sentimento, de eleição de significados. Reitere-se: sentenciar deriva de sententiando, gerúndio do verbo *sentire*. O juiz é alguém que julga com a emoção e a sentença é o reflexo desse complexo *sentire*.

Não é crível de se pensar que um mesmo juiz, após julgar e ter sua sentença anulada pela ilicitude da prova (que ele admitiu e, muitas vezes até valorou), possa julgar novamente o mesmo caso com imparcialidade e independência.

É ingenuidade tratar cartesianamente essa questão, como se a contaminação só atingisse a prova: o maior afetado por ela é o julgador, ainda que inconscientemente. Imagine-se uma escuta telefônica que posteriormente vem a ser considerada ilícita por falha de algum requisito formal e a sentença anulada em grau recursal. Basta remeter novamente ao mesmo juiz, avisando-lhe de que a prova deve ser desentranhada? Elementar que não, pois ele, ao ter contato com a prova, está contaminado e não pode julgar. Por tudo isso, mais do que desentranhar a prova ilicitamente obtida, há que se pensar na exclusão do ilustre

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

jugador que teve contato com essa prova e, portanto, está contaminado. (GOMES, Luiz Flávio. P. 217 2008).

O Magistrado deve buscar sempre a sua livre apreciação da prova, motivo pelo qual se reveste de todas as formalidades no âmbito do direito. Mas, diante da natureza humana, seria impossível que a carga negativa, trazida por uma prova ilegal não trouxesse vícios irremediáveis ao pleito e, contudo a sua decisão.

### 3.1 PRINCÍPIOS VIOLADOS COM O VETO § 4º DO ART 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Ainda na defesa da permanência do § 4º do art. 157, vale ressaltar que o veto do referido dispositivo viola os princípios que norteiam o sistema jurídico brasileiro, tendo como base o princípio da imparcialidade e do juiz natural, no entanto, vale destacar primeiramente o conceito da palavra princípio. Que segundo o lexicógrafo Aurélio:

Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; começo: Causa primária. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. Preceito, regra, lei. P. ext. Base; germe: E. Ling. Restrição geneticamente imposta a uma gramática (5). [V. gramática universal e parâmetro (4).] Filos. Origem de algo, de uma ação ou de um conhecimento. Lóg. Na dedução, a proposição que lhe serve de base, ainda que de modo provisório, e cuja verdade não é questionada. (1986, p. 1393).

O princípio do juiz natural está insculpido no art. 5º, XXXVII e LIII da Carta da República de 1988, com os seus respectivos textos, *in verbis*: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”; “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Desta forma o legislador teve a intenção de garantir a absoluta imparcialidade na resolução dos conflitos, investindo o magistrado de garantias constitucionais tais como, (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) sendo que estas não pertencem à identidade física do juiz, mas sim à sociedade, que tem o interesse de ver os conflitos de alta relevância social solucionados de forma justa.

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

Sobre o princípio da imparcialidade afirma Nestor Távora:

A imparcialidade é entendida como característica necessária do perfil do juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de molde a lhe tirar a neutralidade necessária para conduzi-lo com isenção. O juiz interessado deve ser afastado, e os permissivos legais para tanto se encontram no art. 254 do CPP (hipóteses de suspeição) e no art. 252 (hipóteses de impedimento). [...] deveras, o ideal do juiz neutro é de ser concebido aproximativamente. Vale dizer, a imparcialidade preconizada pelo ordenamento jurídico implica na postura de um magistrado que cumpra a Constituição, de maneira honesta, prolatando decisões suficientemente motivadas. Isso não induz que o juiz se abstraia de seus valores para que exerça seu mister. (2009, p. 50).

E ainda, a respeito do juiz natural:

O princípio do juiz natural consagra o direito de ser processado pelo magistrado competente (art. 5º, inc. LIII da CF) e a vedação constitucional à criações de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, inc. XXXVII da CF). Em outras palavras, tal princípio impede a criação casuística de tribunais pós-fato, para apreciar um determinado fato. (2009, p. 55)

Outro princípio violado com o veto do § 4º do art. 157 é o da presunção de inocência. Este princípio teve seu marco principal no final do século XVIII, quando surgiu a necessidade de lutar contra o sistema processual penal inquisitório. Neste período o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia.

Assim, surgiu a necessidade de proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria a sua condenação, presumindo-o, como regra culpado. Com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Ficando registrado em seu art. 9º: “Todo acusado é considerado inocente até ser

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Logo, quando o Estado não se incomoda em ter suas decisões revestidas de dúvidas, de parcialidade, ou ainda, lançando mão de meios probatórios desfeitos em lei, com a intenção exclusivamente de punir o acusado, este deverá ser reprimido. Como afirma o trecho do art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, “todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

O princípio da presunção de inocência parte do pressuposto de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII da Constituição Federal). Contudo, com a permanência do magistrado que teve contato com a prova ilícita o que acontece é uma inversão, pois ele será considerado culpado antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Conforme leciona Luiz Flávio Gomes:

Conseqüentemente, em muitos casos, a decisão deve ser anulada, ainda que sequer mencione a prova ilícita, pois não há nenhuma garantia de que a convicção foi formada (exclusivamente) a partir do material probatório válido. A garantia da jurisdição vai muito além da mera presença de um juiz (natural, imparcial, etc.): ela está relacionada com a qualidade da jurisdição. A garantia de que alguém será julgado somente a partir da prova judicializada (nada de condenações com base nos atos de investigação do inquérito policial) e com plena observância de todas as regras do devido processo penal. Não é crível de se pensar que um mesmo juiz, após julgar e ter sua sentença anulada pela ilicitude da prova (que ele admitiu e, muitas vezes até valorou), possa julgar novamente o mesmo caso com imparcialidade e independência. É ingenuidade tratar cartesianamente essa questão, como se a contaminação só atingisse a prova: o maior afetado por ela é o julgador, ainda que

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

inconscientemente. (GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita, juiz contaminado e o Direito Penal do inimigo. 17 de julho, 2008).

O juiz deve sempre fundamentar suas decisões, em razão do princípio da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX da CF), no caso em estudo o magistrado não pode fundamentá-la com base no meio de prova inadmitido no ordenamento, mas a sua convicção já está formada, o seu íntimo, logo, mesmo não usando a prova que está contaminada ele procurará outro meio de prova que conste no processo de maneira lícita, mas imprimindo suas razões e motivos íntimos amparados psicologicamente na prova ilícita.

Destaca-se também o princípio do *favor rei*, que segundo (Paulo Rangel 2010, p. 36) “é a expressão máxima dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático, pois o operador do direito, deparando-se com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda o *jus libertatis* do acusado”

O fato de o magistrado que teve contado com a prova contaminada continuar no processo é uma violação ao referido princípio, mesmo sendo desentranhada do processo a prova ilegal, existe a contaminação daquele que proferirá a sentença. A regra do princípio do *favor rei* impõe ao juiz seguir a tese mais favorável ao acusado, sempre que não tenha conseguido prova suficiente para a condenação.

No caso em estudo, o magistrado afetado psicologicamente pela prova ilícita não irá observar a regra do princípio do *favor rei*, ele proferirá sua sentença em favor do estado, punindo o cidadão, usando o direito penal do inimigo como meio de prova para formular sua decisão.

Segundo Sicora; Camparra; Rieger:

Acreditar que o juiz que manteve contato direto com uma prova ilicitamente produzida (e oportunamente desentranhada) vai julgar exclusivamente com base na razão é enxergar o processo de forma poética, desapegada da realidade. Se mesmo com o afastamento do julgador originário não se consegue superar os prejuízos que uma prova ilícita causa ao acusado (é inegável que o novo julgador também não se encontrará no ápice de sua

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

imparcialidade!), que dirá de sua manutenção na condução do processo. A declaração de sua suspeição é fator de justiça, por ser a medida menos afrontosa à dignidade processual. (Sicora; Camparra; Rieger. 2008 Reformas processuais penais em debate: a disciplina da atividade probatória e o ideal político da Lei n. 11.690/2008)

A violação dos princípios analisados, encontra-se respaldo com a simples permanência do magistrado no desenlace da lide. Pois o julgador estará assoberbado pelas contaminações adquiridas com a análise do processo.

#### 4 CONCLUSÃO

Conclui-se que o veto do §4º do art. 157 do Código de Processo Penal foi inoportuno, pelo fato do legislador perder a chance de inserir no sistema jurídico brasileiro a teoria da descontaminação do julgador.

Com essa teoria em vigor, o magistrado que tivesse contato com a prova ilegal seria imediatamente afastado do processo, uma vez que a sua convicção poderia ser formada por um meio de prova repudiado no ordenamento vigente.

Os legisladores brasileiros estão acostumados a criarem leis de caráter emergencial, deixando de fazer um estudo profundo na criação da norma. O veto do parágrafo em estudo é uma violação aos direitos e garantias fundamentais a qualquer cidadão, expressando neste ato a falta de atenção aos direitos fundamentais e a total preocupação com metas estabelecidas para o cumprimento no julgamento dos processos.

Não há o que se falar em relação à imparcialidade do julgador, quando este estiver enlaçado com resquícios de uma prova levada ao processo ao arripio da lei. O magistrado é um ser humano carregado de valores, crenças, experiências, assim como qualquer cidadão.

Logo, qualquer fonte de prova ilícita levada ao processo, pode afetar a imparcialidade do julgador e mesmo sendo desentranhada dos autos, como determina o art. 157, este meio de prova irá trazer grandes prejuízos na promulgação da sentença.

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

O juiz pode e deve valorar cada caso de acordo com suas convicções, por este motivo o magistrado tem o poder da livre apreciação da prova. Examinando-as e valorando-as de acordo com os seus conhecimentos jurídicos e humanísticos.

O veto do dispositivo em questão só traz malefícios ao sistema processual penal, uma vez que este iria servir para diminuir e reprimir cometimento de ilegalidades na fase investigatória policial, pois de nada adiantaria a produção destas provas se não pudessem ser usadas para a condenação do acusado.

O Estado Democrático de Direito tem por finalidade proteger o cidadão, dar garantias de uma vida digna, justa, respeitando a sua liberdade, suas crenças e acima de tudo os seus direitos consagrados na carta política, a chamada carta “cidadã”.

O que não deve ocorrer em um Estado Democrático é justamente a falta destas análises por parte do magistrado, quando o julgador tem contato com uma prova contaminada, ele salta uma etapa da apreciação da prova, deixando de emitir o seu juízo de valor, partindo diretamente para a análise como preceitua o direito penal do inimigo e isso deve ser severamente repudiado em lei.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Ticiano. O vetado § 4º do art. 157 da nova Lei nº 11.690/2008 e a descontaminação do julgado. Elaborado em 06.2008. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=11382>>. Acesso em 16/05/2010.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Vade Mecum Universitário de Direito Ridel / Anne Joyce Angher, organização. – 8. ed. – São Paulo: Rideel, 2010. (Coleção de Leis Rideel)
- BRASIL. Código de Processo Penal. Art. 157. Decreto-Lei n 3.689, de 3 de out. de 1941. Vade Mecum Universitário de Direito Ridel / Anne Joyce Angher, organização. – 8. ed. – São Paulo: Rideel, 2010. (Coleção de Leis Rideel).
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Vade Mecum Universitário de Direito Ridel / Anne Joyce Angher, organização. – 8. ed. – São Paulo: Rideel, 2010. (Coleção de Leis Rideel).

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

- CABRAL, Bruno Fontenele. A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro . Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2118, 19 abr. 2009. Disponível em: . Acesso em: 05 abr. 2010.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15. ed. São Paulo. Saraiva. 2008.
- COUTINHO, Nelson Jacinto de Miranda. As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio inquisitivo. Boletim do IBCCRIM, nº 369, ano 2008.
- GALVÃO, Bruno Haddad. *Lei 11.690/08 e irrazoabilidade do veto presidencial ao §4.º do art. 157.* Disponível em: <[www.sosconcurseiros.com.br](http://www.sosconcurseiros.com.br)>. Julho 2008. Acesso em: 05 abr. 2010.
- GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal). Revista Jurídica Unicoc, Ano II, n.º2, 2005.
- GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita, juiz contaminado e o Direito Penal do inimigo. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> 17 julho. 2008. Acesso em: 05 abr. 2010.
- GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil brasileiro. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1997.
- HC nº 69912-0/RS, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D. J. 25.03.94.
- HENRIQUE, Amorim. Monografia no curso de Direito, trabalho de conclusão de curso. Editora Atlas. São Paulo, 2004.
- Karol Sicora, Rafael Camparra Pinheiro, Renata Jardim da Cunha Rieger, Reformas processuais penais em debate: a disciplina da atividade probatória e o ideal político da Lei n. 11.690/2008. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6833](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6833)>. Acesso em: 25 mar. 2010.
- LOPES JÚNIOR. Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- NOVO. Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.
- PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 8. ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

- PRADO, Leandro Cadenas. Provas Ilícitas, Teoria e Interpretação dos Tribunais Superiores. 2 ed. Impetus. Niterói, RJ. 2009.
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 17 ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010. p. 470 e 471.
- SILVA, De Plácido. Vocabulário jurídico. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- STF, HC 93.050/RJ, relator Ministro Celso de Mello, publicação DJ 01/08/2008, informativo 514.
- TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 2ª ed. Jus Podivm. Salvador. 2009.
- VIÉGAS, Rommel Cruz. Disponível em: As Provas Ilícitas por Derivação: - Juiz de Direito da Comarca de Paraibano (MA). Disponível em: <<http://www.amma.com.br/artigos~2,110>>. Acesso em: 10 abr. 2010.