

## ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Gabriel Victor Ferreira de Oliveira<sup>1</sup>; Karen Xavier Duarte<sup>1</sup>; Marcone de Oliveira e Silva<sup>1</sup>; Caroline Righeth Biral<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Acadêmicos de Direito Faculdade Multivix Nova Venécia/ES

<sup>2</sup>Especialista em Direito Penal e Processual Penal; Graduada em Direito; Docente Faculdade Multivix Nova Venécia/ES

### RESUMO

O artigo proposto tem como ponto fundamental a análise da viabilidade do uso das provas obtidas por meios ilícitos no âmbito do processo penal. O estudo visa analisar a compreensão dos princípios legais e das discussões doutrinárias que envolvem a questão da admissibilidade de provas ilícitas, além de verificar as consequências práticas na formação da convicção judicial. A análise se concentra na definição legal de prova ilícita com base na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, bem como investiga os entendimentos legais, doutrinários e jurisprudenciais acerca de sua admissibilidade. Entende-se que a regra fundamental estabelecida no texto constitucional é a vedação do uso das provas ilícitas, entretanto a aplicação desse princípio não é uniforme, a doutrina admite algumas exceções, como no caso de benefício do réu. Nesse sentido, o presente artigo, analisará o conceito de prova e sua finalidade no processo penal, debruçará sobre os critérios de admissibilidade das provas ilícitas e daquelas que derivarem destas, analisando as limitações de seu uso, e algumas teorias pertinentes a este tema. Por fim, utilizou-se a metodologia de conceituação de prova ilícita baseada na revisão bibliográfica de doutrinas, os dispositivos constitucionais e legais pertinentes ao tema e a posição dos tribunais superiores acerca da aceitação das provas ilícitas e suas derivações.

**Palavras-chave:** provas; prova ilícita; admissibilidade; processo penal.

### ABSTRACT

This article focuses on analyzing the viability of using evidence obtained through illicit means in criminal proceedings. The study aims to analyze the understanding of the legal principles and doctrinal discussions surrounding the admissibility of illicit evidence, as well as to verify the practical consequences for the formation of judicial conviction. The analysis concentrates on the legal definition of illicit evidence based on the Federal Constitution and the Code of Criminal Procedure, as well as investigating the legal, doctrinal, and jurisprudential understandings regarding its admissibility. It is understood that the fundamental rule established in the constitutional text is the prohibition of the use of illicit evidence; however, the application of this principle is not uniform, and doctrine admits some exceptions, such as in the case of benefiting the defendant. In this sense, this article will analyze the concept of evidence and its purpose in criminal proceedings, will examine the admissibility criteria for illicit evidence and evidence derived from it, analyzing the limitations of its use, and some theories relevant to this topic. Finally, the methodology used was to conceptualize illegally obtained evidence based on a literature review of doctrines, the constitutional and legal provisions relevant to the topic, and the position of the higher courts regarding the acceptance of illegally obtained evidence and its derivatives.

**Keywords:** evidence; illegally obtained evidence; admissibility; criminal procedure.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Processual Penal é ramo do direito público, na qual visa a aplicação jurisdicional da lei penal. É um mecanismo que tem a finalidade de, através de um procedimento juridicamente estruturado e limitado, a imposição de uma pena para um delito cometido. Todavia, a atuação do Estado sobre o indivíduo deve estar baseada nas provas colhidas durante o processo. Pondera Fernando Capez (2024, p. 221) que “o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo”.

Fernando Capez afirma ainda que “a finalidade da prova, destina-se à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa” (Capez, 2024, p. 221). Portanto, entende-se que é por meio das provas colhidas no processo que se reconstrói o que realmente aconteceu, buscando a verdade real dos fatos, para que proceda um julgamento justo.

Todavia, a busca pela verdade real pode ensejar a procura por um vestígio de prova a qualquer custo, acarretando a obtenção de provas consideradas ilícitas. Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, considera prova ilícita “aquela obtida com violação de normas de direito material, geralmente ferindo direitos constitucionais fundamentais, como o direito à privacidade e à integridade física” (Carvalho, 2014, p. 127).

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu limites a atuação estatal e dispôs no seu texto constitucional direitos e garantias aos particulares, dentre a qual está estabelecido a inadmissibilidade das provas ilícitas (Brasil, 1988). Com o intuito de adequar o Código de Processo Penal com a Carta Magna, a Lei 11.690/2008 introduziu no artigo 157 do CPP a inadmissibilidade do uso das provas ilícitas no processo judicial penal, bem como a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas (Brasil, 2008).

Logo, de acordo com as interpretações do ordenamento jurídico entende-se erroneamente que o legislador brasileiro optou pela vedação em definitivo das provas obtidas por meio ilegal. Portanto, Renato Lima (2020) afirma que a doutrina e a jurisprudência têm entendido pela possibilidade do uso das provas obtidas por meios

ilícitos em favor do réu.

Desta forma, analisar a (in) admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é essencial para avaliar o sistema de justiça no processo penal e verificar as implicações fundamentais que a abrangem para garantir a proteção dos direitos individuais e os princípios basilares que norteiam o Estado Democrático de Direito.

Por fim, a presente pesquisa se fundamenta no estudo sobre a admissibilidade das provas ilícitas no sistema jurídico brasileiro, na qual usará como referência os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para analisar qual o entendimento jurídico atual, bem como quais são critérios adotados para a admissibilidade ou inadmissibilidade de provas ilícitas.

Também será realizado um estudo sobre as provas ilícitas por derivação, e algumas teorias relacionadas a esse tema, quais sejam, teoria do fruto da árvore envenenada, teoria da fonte independente, da descoberta inevitável e mancha purgada, além de verificar a aplicabilidade destas nos tribunais brasileiros, a fim de analisar o impacto que acarretam no processo judicial.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 PROVA ILÍCITA

A prova é a chave para confirmar a existência ou a veracidade de um direito. Nesse sentido, Renato Lima (2020, p.657) conceitua prova da seguinte maneira:

A palavra prova tem a mesma origem etimológica de *probo* (do latim, *probatio* e *probus*), e traduz as ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação. Dela deriva o verbo *provar*, que significa verificar, examinar, reconhecer por experiência, estando relacionada com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro.

Desse modo, entende-se que a prova serve como meio de comprovação da veracidade dos fatos, na qual as partes, acusação e defesa, buscam provar a verdade de suas alegações no processo penal.

Pressupõe Nucci (2024, p.357) que:

[...] há, fundamentalmente, 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.

Por conseguinte, de acordo com Fernando Capez (2024), a prova é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo magistrado e por terceiros que visam a formação da convicção judicial acerca da existência de um fato e da veracidade de uma alegação.

Nota-se que é por meio da prova que se verifica os fatos para a fundamentação de uma sentença. O objeto da prova se define como qualquer elemento probatório que evidencie uma relevância para o julgamento e que demonstre poder de convicção suficiente para formar a opinião do magistrado em relação aos fatos apresentados no processo. Fernando Capez (2024, p.221) pondera que as provas são “fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo.”

Para Mittermaier (1997 *apud* Paulo Rangel, 2019, p.739):

Quando é manifesta a prova, segue-se sempre a imposição da pena; e, por mais imperfeita que esta seja, não é menos exato que se dá o castigo, a reparação, e, pois, ganho de causa para justiça. Quando, porém, ao contrário, é a prova mal regulada, a sentença do juiz, em vez da verdade, pode decretar o erro; condenar o inocente, em vez do culpado; lançar a desconfiança em todos os espíritos e destruir, mesmo em seu princípio, o respeito à lei, essa base sagrada da ordem pública.

Embora as provas sejam um instrumento imprescindível para a busca da verdade e da justiça, é válido frisar que ela não é um direito absoluto. A produção de provas pode estar sujeita a erros, abusos de direitos, bem como atos ilícitos e ilegais. Dessa maneira, conclui-se que as provas de um processo têm que ser precedidas de licitude, isto é, não contrariar o ordenamento jurídico, sob pena de serem declaradas como provas ilícitas.

Aury Lopes Júnior (2020, p.630) estabelece que se considera prova ilícita “[...] aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo)”. Consoante a este entendimento, Fernando Capez (2014, p.296) determina que:

Quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de direito civil, comercial ou administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais.

Para Renato Lima (2020), apesar da Constituição Federal prever de maneira expressa as provas colhidas por meio ilícitos, ela não traz nenhum conceito destas provas ilícitas no seu texto constitucional. E dessa forma a doutrina passou a conceituar prova ilegal e entender que as provas obtidas por meio ilegais são gêneros, da qual são espécies as provas ilícitas e as provas ilegítimas.

Entende-se por prova ilegítima (Aury, 2020, p.630):

quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo.

Entretanto, a Lei 11.690/08 trouxe modificações ao Código de Processo Penal, e abrangeu no artigo 157, caput do dispositivo legal apenas o termo prova ilícita (Brasil, 2008). Desse modo, observa Renato Lima (2020, p.687) que

uma corrente doutrinária entende que, diante do silêncio da lei, e com base na nova redação conferida ao art. 157, caput, do CPP, será considerada ilícita tanto a prova que viole disposições materiais quanto processuais. Qualquer violação ao devido processo legal, portanto, acarretará o reconhecimento da ilicitude da prova.

Do mesmo modo alega Aury (2020, p.630) ao dizer que “essa distinção, à luz da redação do art. 157, perdeu sentido. Portanto, adotaremos a categoria prova ilícita na perspectiva do CPP”.

## 2.2 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO E A TEORIA DO FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA

No âmbito das provas ilícitas, um tema concernente é o relativo as provas produzidas por meio ilícito, ou seja, as provas ilícitas por derivação. Renato Lima (2020, p.690), compreende que

Provas ilícitas por derivação são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. [...]. Em outras palavras, não fosse a prova ilícita originária, jamais teria sido possível a prova que dela derivou. Nessa linha de pensamento, é possível concluir que a ilicitude da prova originária transmite-se, por repercussão, a todos os dados probatórios que nela se apoiem, ou dela derivem, ou, finalmente, nela encontrem o seu fundamento causal.

Para Nucci (2024, p.376), prova ilícita por derivação “é o que se denomina de “frutos da árvore envenenada” ou “efeito a distância”, originário do preceito bíblico de que a “árvore envenenada não pode dar bons frutos.”

Compreende-se que a teoria do fruto da árvore envenenada foi criada com inspiração em uma passagem no Evangelho de Mateus, conforme demonstrado a seguir:

Assim, toda a árvore boa produz bons frutos, e toda a árvore má produz frutos maus. Não pode a árvore boa dar maus frutos; nem a árvore má dar frutos bons. Toda a árvore que não dá bom fruto corta-se e lança-se no fogo. Portanto, pelos seus frutos os conhecereis (Mateus 7:17-20).

Infere-se disso que o vício de uma árvore se transmite a todos os frutos que forem produzidos, ou seja, a ilicitude de uma prova enseja a contaminação de todas as demais provas que dela derivem.

A Teoria do Fruto da Árvore Envenenada originou na Suprema Corte Norte-Americana. Como bem lembra Aury Lopes Júnior (2020) as provas ilícitas por derivação surgiram em 1920, no caso *Silverthorne Lumber Co. vs United States*, mas a expressão *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada) foi cunhada no caso *Nardone vs United States*, em 1937.

Concernente a este entendimento, Renato Lima (2020, p.690) afirmou que:

O precedente que originou a construção do conceito de prova ilícita por derivação está ligado ao caso *SILVERTHORNE LUMBER CO v. US*, de 1920, em que a Suprema Corte norte-americana reputou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca. Posteriormente, no julgamento do caso *NARDONE v. US* (1939), foi cunhada a teoria dos frutos da árvore envenenada (em inglês, *fruits of the poisonous tree*, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos), ou *taint doctrine*.

Nota-se que esta teoria surgiu de uma decisão na qual a Corte reconheceu que as provas derivadas de uma fonte ilícita, se corrompem pela ilicitude original.

Renato Lima (2020) relatou que no Brasil a Suprema Corte rechaçou em primeiro momento a aplicação da referida teoria, prevalecendo a posição de que apenas devem ser consideradas inadmissíveis no processo as provas ilícitas em si, e não aquelas obtidas a partir delas. Entretanto, em 1996 o Supremo Tribunal Federal reviu sua decisão e manifestou favorável a aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada,

incorporando ao ordenamento vigente:

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que, sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição, não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido (STF, HC 73.351/SP, 1999).

De acordo com Noberto Avena (2023) a jurisprudência brasileira consolidava essa teoria há anos utilizando como fundamento legal a aplicação do artigo 573, §1º, do Código de Processo Penal, que estabelece que “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência” (Brasil, 1941).

No entanto, é válido frisar que tal teoria não possui caráter absoluto, uma vez que sua incidência tem sofrido limitações. Renato Lima afirma que (2020, p. 691):

Nesse primeiro julgado favorável à adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada, o Supremo Tribunal Federal não fez qualquer ressalva quanto às regras de exclusão relativas à aplicação desse princípio. Posteriormente, todavia, firmou-se o entendimento de que provas obtidas por meios ilícitos contaminam única e exclusivamente aquelas que são exclusivamente delas decorrentes.

Portanto, constata-se algumas exceções a inadmissibilidade da prova derivada da ilícita, como a teoria da fonte independente, da descoberta inevitável e da mancha purgada.

### 2.3 LIMITAÇÕES À PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

A Teoria do fruto da árvore envenenada se desenvolveu e a partir disso ocasionou uma forte reação contra a rigidez das regras que a acompanhavam. Desse modo, foram desenvolvidas algumas exceções a teoria, a qual já vem sendo aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, cabe mencionar a teoria da fonte independente. Na abordagem de Gianni Costa (2019, p.18) “a teoria da fonte independente é aquela em que não há conexão com a prova ilícita, tornando seu instrumento probatório perfeitamente

admissível, pois de forma independente chegariam até ela por meio de investigação policial.”

Consoante a este entendimento, Renato Lima (2020, p. 692) afirma que:

[...] se 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 vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

A teoria da fonte independente se originou no direito norte-americano.

Conforme Aury Lopes Júnior (2020, p.641):

A origem da teoria da fonte independente (independent source doctrine) remonta ao caso *Murray v. United States*, em 1988, em que policiais entraram ilegalmente em uma casa onde havia suspeita de tráfico ilícito de drogas e confirmaram a suspeita. Posteriormente requereram um mandado judicial para busca e apreensão, indicando apenas as suspeitas e sem mencionar que já haviam entrado na residência. De posse do mandado, realizaram a busca e apreenderam as drogas. A Corte entendeu que a prova era válida, e que não estava contaminada. Isso porque, no entendimento da Corte nesse caso, o mandado de busca para justificar a segunda entrada seria obtido de qualquer forma, apenas com os indícios iniciais. Essa fonte era independente e pré-constituída em relação à primeira entrada ilegal.

No Brasil, a teoria da fonte independente foi introduzida expressamente no Código de Processo Penal pela Lei 11.690/2008 que alterou alguns artigos do ordenamento vigente (Brasil, 2008). Estabelece o artigo 157, § 2º, do CPP que “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” (Brasil, 1941).

Avena (2023) afirma que na fonte independente desaparece o vínculo entre a prova ilícita anterior e a que dela sucedeu, em face de uma nova prova surgida. Portanto, a teoria da fonte independente restringe a aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada, na qual se a prova ilícita não for inteiramente determinante para a descoberta da prova derivada, esta não fica contaminada e pode ser utilizada em juízo (Fochi, 2021).

Além da teoria da fonte independente, tem-se a da descoberta inevitável. Renato Lima (2020, p. 693) alega que

De acordo com a teoria da descoberta inevitável, também conhecida como

exceção da fonte hipotética independente, caso se demonstre que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, tal prova deve ser considerada válida.

Aury Lopes Júnior (2020) afirma que o legislador brasileiro acolheu tacitamente a teoria da descoberta inevitável ao estabelecer no artigo 157, §2º do CPP que “seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” (Brasil, 1941).

Por fim, cumpre mencionar outra importante limitação às regras da teoria do fruto da árvore envenenada. Trata-se da teoria da mancha purgada ou contaminação expurgada. Na abordagem de Noberto Avena (2023, p. 459)

Trata-se da hipótese em que, apesar de já estar contaminado um determinado meio de prova em face da ilicitude da prova ou da ilegalidade da situação que o gerou, um acontecimento posterior expurga (afasta, elide) esta contaminação, permitindo-se o aproveitamento da prova. É importante observar que, na contaminação expurgada, existe nexos de causalidade entre a situação de ilegalidade e a prova que se quer utilizar. Contudo, este nexos é abrandado ou atenuado pela interferência de um acontecimento posterior.

Em concordância, Renato Lima (2020) alega que ainda que tenha havido a contaminação da prova por meio de uma ilicitude ou ilegalidade, um acontecimento posterior faz desaparecer o nexos causal entre a prova inicialmente ilícita e a prova subsequente, permitindo assim o aproveitamento da prova originalmente contaminada. Quanto a admissibilidade desta teoria no ordenamento brasileiro, Renato Lima (2020, p. 696) alega que:

Há precedente do Superior Tribunal de Justiça adotando essa limitação. Importante, portanto, compreender seu conteúdo, eis que, segundo parte da doutrina, tal teoria passou a constar do Código de Processo Penal, em virtude das alterações introduzidas pela Lei nº 11.690/08. [...] Apesar de não haver qualquer referência expressa à limitação da tinte diluída, ao se referir o dispositivo à ausência de nexos de causalidade entre a prova ilícita originária e prova subsequente, pode-se daí extrair a adoção da referida teoria.

Cumpre ressaltar que alguns doutrinadores não são a favor dessas teorias. Aury Lopes Júnior (2020) afirma que as teorias da fonte independente e a da descoberta inevitável atacam o nexos causal e minimizam a influência da teoria da contaminação, limitando ao máximo a sua influência. Destaca ainda que Aury (2020, p. 643-644):

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

E abrange o seu entendimento ao concluir que (Aury, 2020, p. 644) “a disciplina adotada no art. 157 do CPP conduz ao enfraquecimento excessivo, quase erradicação, da doutrina dos frutos da árvore envenenada, retirando a eficácia da garantia processual e constitucional”.

Fernando Capez (2024) ao mencionar sobre a teoria da descoberta inevitável afirma que é necessária muita cautela ao utilizar dessa teoria, de modo que não torne sem efeito a cláusula de garantia da vedação das provas obtidas por meios ilícitos.

#### 2.4 A (IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Na abordagem de Renato Lima (2020, p. 687-688):

A discussão em torno da (in)admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos ou ilegítimos em determinando ordenamento jurídico está diretamente relacionada à opção entre a busca ilimitada da verdade, dando-se preponderância ao interesse público na persecução penal, e o respeito aos direitos e garantias fundamentais, dentro de uma visão ética do processo, ainda que em prejuízo à apuração da verdade.

No Brasil, o direito à prova não se configura como um direito absoluto, estando, portanto, sujeito a limitações. Essas limitações decorrem dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988. O ordenamento jurídico brasileiro, em regra, entende pela inadmissibilidade do uso das provas ilícitas, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, na qual dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (Brasil, 1988).

Do mesmo modo, discorre o artigo 157 do Código de Processo Penal ao dispor que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (Brasil, 1941). Além disso, o Código de Processo Penal também entende pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, dispondo no artigo 157, § 1º que “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” (Brasil, 1941).

Nota-se que os Tribunais Superiores têm aplicado a teoria do fruto da árvore

envenenada ao se referir as provas ilícitas por derivação:

HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ILICITUDE DA PROVA DERIVADA. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. DENÚNCIA OFERECIDA COM BASE EXCLUSIVAMENTE EM PROVA CONTAMINADA. IMPOSSIBILIDADE. TRANCAMENTO. 1. É considerado ilícito o acesso a dados mantidos em aparelho celular diretamente por autoridades policiais, sem prévia autorização judicial. Precedentes. 2. Se todas as provas que embasaram a denúncia derivaram da vistoria considerada ilegal, é de se reconhecer a imprestabilidade também destas, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, trancando-se a ação penal instaurada. 3. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal em apreço, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia com base em outras provas admitidas pelo ordenamento jurídico (STJ, HC 392.466/CE, 2018).

Renato Lima (2020, p. 688) compreende que “no ordenamento pátrio, por mais relevantes que sejam os fatos apurados por meio de provas obtidas por meios ilícitos, estas não podem ser admitidas no processo.”

Para Fernando Capez (2014) não é razoável adotar uma postura rígida que rejeite de forma absoluta as provas ilícitas, tendo em vista que em algumas situações o direito que se quer defender é mais relevante que a intimidade que se quer preservar.

Diante disso, ao surgir um conflito entre princípios fundamentais, deve-se fazer a comparação entre eles para verificar qual irá prevalecer. Trata-se do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

No que tange ao princípio da proporcionalidade no âmbito das provas ilícitas, Fernando Capez (2024, p.226) alega que

Foi na Alemanha, no período do pós-guerra, que se desenvolveu a chamada teoria da proporcionalidade (Verhältnismässigkeitsprinzip). De acordo com essa teoria, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes (admitir uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável). Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante. É preciso lembrar que não existe propriamente conflito entre princípios e garantias constitucionais, já que estes devem harmonizar-se de modo que, em caso de aparente contraste, o mais importante prevaleça.

Consoante a este entendimento Nucci (2024, p. 374) alega que o princípio da proporcionalidade “tem por finalidade equilibrar os direitos individuais com

os interesses da sociedade, não se admitindo, pois, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos”.

Desse modo, consoante entendimento de Noberto Avena (2023) a maioria doutrinária e jurisprudencial tende a aceitar a utilização das provas ilícitas em favor do réu quando esta for a única forma de beneficiá-lo, e a minoria aceita em favor da sociedade.

Renato Lima (2020, p.707) corrobora com esse pensamento ao afirmar

Entende-se que o direito de defesa (CF, art. 5º, LV) e o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) devem preponderar no confronto com o direito de punir. De fato, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos. Noutro giro, ao Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia acarretar a impunidade do verdadeiro culpado. Além disso, quando o acusado pratica um ato ilícito para se defender de modo efetivo no processo penal, conclui-se que sua atuação não seria ilícita, eis que amparada pela legítima defesa, daí por que não seria possível concluir-se pela ilicitude da prova.

Para Aury (2020, p.634), isto se refere ao princípio da proporcionalidade *pro reo*, na qual “a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência).”

Na abordagem de Fernando Capez (2024) o aceite do princípio da proporcionalidade em favor do réu não apresenta grandes impasses, uma vez que não se pode utilizar o princípio que veda as provas ilícitas como escudo para fundamentar condenações injustas.

Por outro lado, alguns doutrinadores discorrem também sobre a aceitação do princípio da proporcionalidade *pro societate*, quando ocorre a prevalência do interesse público no processo penal. O Pleno do Supremo Tribunal Federal já admitiu excepcionalmente a possibilidade de o juiz invocar o princípio da proporcionalidade.

Prova: alegação de ilicitude da obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresa - compreendidos no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio - e de contaminação das provas daquela derivadas: tese substancialmente correta, prejudicada no caso, entretanto, pela ausência de qualquer prova de resistência dos acusados ou de seus prepostos ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa ou sequer de protesto imediato contra a diligência. 1. Conforme o art. 5º, XI, da Constituição - afora as exceções nele taxativamente previstas ("em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro") só a "determinação judicial" autoriza, e durante o dia, a entrada de alguém - autoridade ou não - no domicílio de outrem, sem o consentimento do morador.

1.1. Em consequência, o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional do domicílio, a prerrogativa da auto-executoriedade. 1.2. Daí não se extrai, de logo, a inconstitucionalidade superveniente ou a revogação dos preceitos infraconstitucionais de regimes precedentes que autorizam a agentes fiscais de tributos a proceder à busca domiciliar e à apreensão de papéis; essa legislação, contudo, que, sob a Carta precedente, continha em si a autorização à entrada forçada no domicílio do contribuinte, reduz-se, sob a Constituição vigente, a uma simples norma de competência para, uma vez no interior da dependência domiciliar, efetivar as diligências legalmente permitidas: o ingresso, porém, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização judicial prévia. 1.3. Mas, é um dado elementar da incidência da garantia constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao questionado ingresso de terceiro: malgrado a ausência da autorização judicial, só a entrada invito domino a ofende, seja o dissenso presumido, tácito ou expresso, seja a penetração ou a indevida permanência, clandestina, astuciosa ou franca. 1.4. Não supre ausência de prova da falta de autorização ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa o apelo à presunção de a tolerância à entrada ou à permanência dos agentes do Fisco ser fruto do metus publicae potestatis, ao menos nas circunstâncias do caso, em que não se trata das famigeradas "batidas" policiais no domicílio de indefesos favelados, nem sequer se demonstra a existência de protesto imediato. 2. Objeção de princípio - em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscricção da prova ilícita: de qualquer sorte - salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável - a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência. (STF - HC: 79512 RJ, 2003)

Entretanto, apesar dessa admissão, de acordo com Fernando Capez (2024), os Tribunais Superiores têm optado pela não adoção do princípio *pro societate*. Afirma ainda Capez (2024, p. 226) que

De acordo com esse entendimento, a não admissão de mecanismos de flexibilização das garantias constitucionais tem o objetivo de preservar o núcleo irredutível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do poder público dentro dos limites legais. As medidas excepcionais de constrição de direitos não podem, assim, ser transformadas em práticas comuns de investigação.

Em virtude do que foi mencionado, entende-se que as provas ilícitas devem ser vedadas para garantir um processo justo, e conseqüentemente, uma punição justa. A única exceção permitida majoritariamente é o uso do princípio da proporcionalidade em

favor do réu. Para Nucci (2015, p.446) “cultuar o ilícito para apurar e punir o ilícito é um fomento ao contrassenso, logo, inadmissível no Estado Democrático de Direito.”

Em seguida, Nucci (2015) afirma que o propósito do Estado é manter a ética e a integridade dos atos processuais, e principalmente a realização de justiça e a inviabilidade de cometimento de um erro judiciário. Por fim, afirma Nucci (2015, p.447) que “inexiste fundamento lógico para garantir a ética, em nome da falsa condenação de um inocente; transborda-se da lisura dos meios para a ruptura ética do resultado.”

### 3 METODOLOGIA

A presente pesquisa visa realizar uma análise concisa e clara do tema em questão, na qual está pautada em uma pesquisa de caráter explanatório, modalidade que é regra em pesquisas bibliográficas. Antônio Carlos Gil (2022, p. 41) compreende que:

As pesquisas exploratórias têm como propósito proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses. Seu planejamento tende a ser bastante flexível, pois interessa considerar os mais variados aspectos relativos ao fato ou fenômeno estudado.

A pesquisa explanatória não se limita a um único método de coleta de dados, contudo o projeto em questão utilizou-se de livros, julgados de Tribunais Superiores, artigos, aplicando-se assim a pesquisa bibliográfica.

Entende Gil (2022, p.43):

A pesquisa bibliográfica é elaborada com base em material já publicado. Tradicionalmente, essa modalidade de pesquisa inclui ampla variedade de material impresso, como livros, revistas, jornais, teses, dissertações e anais de eventos científicos. Todavia, em virtude da disseminação das novas tecnologias de comunicação e informação, passaram a incluir materiais em outros formatos, como discos, fitas magnéticas, microfimes, CDs, bem como o material disponibilizado pela Internet.

Também se utilizou da pesquisa documental, na qual consoante entendimento de Gil (2022, p.44) “a pesquisa documental vale-se de toda sorte de documentos, elaborados com finalidades diversas, tais como assentamento, autorização, comunicação etc.”

Em relação as fontes foram utilizadas as fontes secundárias, segundo conceitua Lakatos e Marconi (2021, p. 45)

A pesquisa bibliográfica ou de fontes secundárias é a que especificamente interessa a este livro. Trata-se de levantamento de referências já publicadas, em forma de artigos científicos (impressos ou virtuais), livros, teses de doutorado, dissertações de mestrado. Sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com o que foi escrito sobre determinado assunto [...].

Ademais, este estudo se caracteriza por uma abordagem qualitativa, que se concentra na análise e interpretação de dados. Pesquisa qualitativa é “qualquer tipo de pesquisa que produza resultados não alcançados através de procedimentos estatísticos ou de outros meios de quantificação” (Gil, 2021, p.15).

Logo, esta pesquisa se pautou no caráter exploratório, com procedimento na coleta de dados bibliográfico, utilizando a fonte secundária e com uma abordagem qualitativa.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi consagrado no nosso ordenamento jurídico o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, no sentido de que as provas obtidas ilicitamente não fossem admitidas no processo penal por vedação expressa. Ainda assim, este princípio não precede de caráter absoluto, tendo em vista a possibilidade do uso das provas ilícitas em determinados casos.

Desse modo, o presente estudo teve como intuito analisar a admissibilidade das provas ilícitas, uma vez que a prova é uma das peças fundamentais no processo, pois por meio dela se reconstrói os fatos, além de convencer o magistrado acerca do conflito.

Sendo assim, a pesquisa teve como objetivo realizar uma análise dos critérios de admissibilidade de provas ilícitas no processo penal, bem como analisar as provas ilícitas por derivação e suas implicações legais.

Constata-se que o objetivo geral foi atendido, visto que efetivamente restou demonstrado como os tribunais brasileiros têm aplicado o princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas, bem como a adoção da teoria do fruto da árvore envenenada e suas limitações.

O objetivo inicial era descrever os conceitos jurídicos e sociais relacionados à prova ilícita e a teoria do fruto da árvore envenenada e suas limitações, na qual apresentou a compreensão deste tema por diversos doutrinadores e a luz do que

determina o ordenamento jurídico vigente.

O segundo objetivo específico era analisar os critérios de admissibilidade das provas ilícitas, tendo sido atendido através de uma análise doutrinária e jurisprudencial que permitiu identificar os principais fundamentos utilizados.

Por fim, o terceiro objetivo específico tinha como intuito analisar como o ordenamento vigente regulamenta sobre as provas obtidas por meio ilícitos e quais as consequências que acarreta no processo jurídico penal, tendo sido atendido pela exposição dos normas que regem.

A pesquisa partiu da hipótese de verificar o caráter absoluto do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos e as que derivassem dessas, sendo analisado que as restrições quando à inadmissibilidade servem para preservar os direitos individuais e a garantir integridade do processo judicial.

Desta maneira, ficou evidenciado que apesar da Constituição Federal e o Código de Processo Penal dispor no seu texto a inadmissibilidade das provas ilícitas, bem como das provas ilícitas por derivação, inclusive determinando que devem ser desentranhadas dos autos, os tribunais brasileiros têm admitido as provas obtidas ilicitamente em algumas situações como quando o direito de defesa e o princípio da presunção de inocência confronta o direito de punir. Além disso, evidenciou-se a adoção da aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada e as teorias relativas à sua limitação, na qual compreendeu-se que é necessária muita cautela no uso dessas teorias de limitação, uma vez que geram um enfraquecimento da teoria da contaminação, tornando sem efeito a eficácia da garantia processual e constitucional. A metodologia adotada no presente trabalho mostrou-se adequada para responder aos objetivos propostos, mas enfrenta limitações devido à complexidade do tema. Dessa forma, considerando as constantes mudanças legislativas e o avanço da jurisprudência sobre a admissibilidade das provas ilícitas, é essencial a realização de novas pesquisas. Essa abordagem permitirá um entendimento mais completo do tema, contribuindo para o equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e a efetividade do processo penal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647774/>. Acesso em: 04 nov. 2024.

BÍBLIA. Novo Testamento. **Mateus capítulo 7, versículo 17-20**. Almeida Corrigida Fiel. 2011. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/mt/7>. Acesso em: 14 out. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 out. 2024.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Brasília, 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 03 out. 2024.

BRASIL. **Lei 11.690 de 9 de junho de 2008**. Brasília, 9 de junho de 2008. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm). Acesso em: 15 out. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**, volume 4. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 31 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620821/epubcfi/6/4\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright\\_3-0.xhtml\]!/4/10/2/1:28\[ATA%2CLOG\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620821/epubcfi/6/4[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright_3-0.xhtml]!/4/10/2/1:28[ATA%2CLOG]). Acesso em: 04 nov. 2024.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502224308/epubcfi/6/4\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcatalografica.html\]!/4\[abertura\]/2/10/1:46\[198%2C8%E2%80%9D\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502224308/epubcfi/6/4[%3Bvnd.vst.idref%3Dcatalografica.html]!/4[abertura]/2/10/1:46[198%2C8%E2%80%9D]). Acesso em: 20 out. 2024.

COSTA, Gianni Alves da. **Admissibilidade das provas ilícitas no processo penal**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro de Ensino Superior de Jataí, Jataí, 2019. Disponível em: <https://indexicdn.nyc3.cdn.digitaloceanspaces.com/sites/cesut.edu.br/uploads/2021/04/06150038/11-ADMISSIBILIDADE-DAS-PROVAS-ILICITAS-NO-PROCESSO-PENAL.pdf>. Acesso em: 13 out. 2024.

FOCHI, Vinicius Machado Lemos. **Admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://adelfa-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/67d547c3-c073-401f-b100-bf977680e527/content>. Acesso em: 13 out. 2024.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 7 ed. Barueri: Atlas, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771653/>. Acesso em: 07 nov. 2024.

GIL, Antônio Carlos. **Como fazer pesquisa qualitativa**. 1 ed. Barueri: Atlas, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770496/>. Acesso em: 07 nov. 2024.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M.D.A. **Metodologia do trabalho científico**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026559/>. Acesso em: 07 nov. 2024.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994303/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml05\]!/4/38/1:30\[196%2C3-\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994303/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml05]!/4/38/1:30[196%2C3-]). Acesso em: 04 nov. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-6296-8/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright\]!/4/22/1:45\[tul%2Co.\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-6296-8/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright]!/4/22/1:45[tul%2Co.]). Acesso em: 04 nov. 2024.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

STF. Supremo Tribunal Federal. **HC 73.351/SP**. Relator Min. Ilmar Galvão, 19/03/1996. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolncidente=%22HC%2073351%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolncidente=%22HC%2073351%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 10 out. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. **HC 79512/RJ**. Relator Min. Sepúlveda Pertence, 16/12/1999. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14695848>. Acesso em: 08 nov. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. **HC 392.466/CE**. Relator Min. Sebastião Reis Júnior, 12/12/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/559913300>. Acesso em: 24 out. 2024.