

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
DENIS LEITE SENZIANI

**DA PROVA ILÍCITA DERIVADA: teoria dos frutos da árvore
envenenada**

TAUBATÉ
2023

DENIS LEITE SENZIANI

**DA PROVA ILÍCITA DERIVADA: teoria dos frutos da árvore
envenenada**

Trata-se de trabalho de monografia apresentado para obtenção do certificado de conclusão de curso bacharel em Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.

Área de concentração: Processo Penal

Professor orientador: Fernando Gentil
Gizzi de Almeida Pedroso

TAUBATÉ

2023

**Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI
Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi
Universidade de Taubaté - UNITAU**

S478d Senziani, Denis Leite
Da prova ilícita derivada : teoria dos frutos da árvore envenenada /
Denis Leite Senziani. -- 2023.
52f.

Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2023.

Orientação: Prof. Me. Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso,
Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Teoria dos frutos da árvore envenenada. 2. Prova ilícita por
derivação. 3. Prova ilícita - Desentranhamento. 4. Processo penal.
I. Universidade de Taubaté. Departamento de Ciências Jurídicas. Curso
de Direito. II. Título.

CDU - 343.1

Denis Leite Senziani

Da prova ilícita derivada: Teoria dos frutos da Árvore Envenenada

Trabalho de Graduação apresentado para obtenção do
Certificado de Graduação pelo Curso de Direito do
Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de
Taubaté. Linha de pesquisa: Processo Penal

Aprovado em: ____ de _____ de 2023.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso - Orientador
Universidade de Taubaté

Prof. Dr.
Universidade de Taubaté

AGRADECIMENTOS

Neste momento de realização, quero expressar minha profunda gratidão a Deus por Sua constante orientação, presença, força e inspiração. Sem Sua graça e guia, essa jornada acadêmica não teria sido possível.

Agradeço também à minha família, o apoio inabalável, amor e incentivo que recebi foram fundamentais para me manter motivado durante todo o processo, agradeço do fundo do coração por estarem sempre ao meu lado.

Nessa oportunidade, quero agradecer especialmente ao amigo, mestre e eminente Prof. Dr. Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso, pelos preciosos conselhos para confecção da obra, sua orientação e paciência, bem como a disposição para conversar sobre o trabalho e sobre Direito Penal, foram essenciais para moldar esse trabalho e minha jornada acadêmica como um todo. Sem dúvida, um dos maiores privilégios dessa caminhada, foi ser o seu orientando.

Não por acaso, foi em um de seus trabalhos que eu conheci uma frase que se tornou tão importante e guia na minha vida, que tem me ajudado nesse caminhar: Evocado ou não, Deus sempre se faz presente (*"Vocatus atque non vocatus Deus aderit"* - Jung). Assim, agradeço por todos os ensinamentos e valores compartilhados, dentro e fora da sala de aula. Meu carinho, admiração e eterna gratidão.

Agradeço ainda a banca examinadora desse trabalho, composta pelo Prof. Dr., pelos comentários e observações relevantes e pertinentes manifestados durante a apresentação.

Agradeço aos meus colegas de sala, que compartilharam comigo esta incrível jornada acadêmica. Suas discussões, colaborações e amizades tornaram esta experiência mais rica e significativa.

Este trabalho de conclusão de graduação não teria sido possível sem o apoio e influência positiva de todas essas pessoas e forças em minha vida. Estou eternamente grato a cada um de vocês.

Muito obrigado.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo discorrer acerca (in) admissibilidade das provas ilícitas por derivação no código de processo penal brasileiro. A discussão se inicia pela análise da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, seu surgimento na Suprema Corte Americana e suas exceções. Serão observados, ainda, o desdobramento desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, o texto do art. 157, do Código De Processo Penal, introduzido pela Lei nº. 11.690/2008.

Palavras chaves: Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Prova ilícita derivada. exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada. Desentranhamento da prova ilícita.

ABSTRACT

The present monograph aims to discuss the (in)admissibility of illicit derivative evidence in the Brazilian Criminal Procedure Code. The discussion begins with an analysis of the Fruit of the Poisonous Tree Doctrine, its emergence in the United States Supreme Court, and its exceptions. Furthermore, we will also examine the implications of this doctrine in the Brazilian legal system, particularly the provisions of Article 157 of the Criminal Procedure Code introduced by Law No. 11.690/2008.

Keywords: Fruit of the Poisonous Tree Doctrine. Derived Illegal Evidence. Exceptions to the Fruit of the Poisonous Tree Doctrine. Exclusion of Illegally Obtained Evidence

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1.TEORIA GERAL DA PROVA E NOÇÕES PRELIMINARES	11
1.1 Diferença entre prova e elementos informativos	11
1.2 Destinatários da prova	12
1.3 Finalidade e Objeto da prova	12
1.4 Fonte de Prova	14
1.5 Meios de Prova	14
1.6 Meios de Obtenção de Prova	15
1.7 Meios ordinários e extraordinários de obtenção de prova	16
1.8 Provas Cautelares, não repetíveis e antecipadas	16
1.9 Prova emprestada	17
1.10 Prova nominada e prova inominada	19
1.11 Prova típica e provas atípicas	19
1.12 Ônus da prova	20
1.13 Sistema de avaliação	21
1.14 Provas Ilícitas e Provas ilegítimas	22
2.PROVAS ILÍCITAS DERIVADA: A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA	24
2.1 Teoria da fonte independente (<i>Independent Source Doctrine</i>).....	27
2.2 Teoria da descoberta inevitável (<i>Inevitable Discovery Exception</i>)	30
2.3 Limitação da mancha purgada, vícios sanados ou tinta diluída (<i>Purged Taint Exception,</i>)	33
2.4. Outras exceções a (in) admissibilidade da prova apontadas pela doutrina	36
2.4.1 Exceção da boa-fé (<i>The Good Faith Exception</i>)	36
2.4.2 Teoria do risco	37
2.4.3 Princípio ou teoria da serendipidade	38
3. DESENTRANHAMENTO DA PROVA E DO JULGADO	43
3.1 Inutilização da prova ilícita	43
3.2 Inutilização da prova ilícita no Tribunal do Júri.....	44
3.3 Desentranhamento do juiz	45
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O processo penal, via de regra, é uma reconstrução (aproximativa) histórica de um fato. Essa tentativa de reconstrução da verdade é feita através das provas, pois, elas têm objetivo claramente definido no processo: criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva. Tarefa essa, difícil, quando não impossível.

Como nos ensina Francesco Carnelutti (2007, p.48), as provas desempenham o papel crucial de revisitar o passado, ou seja, de reconstruir a narrativa, assim como alguém que, após percorrer um campo, precisa retornar pelo mesmo caminho. O historiador segue os vestígios deixados para trás, assemelhando-se ao cão policial que, farejando meticulosamente, segue o rastro do delinquente perseguido. O trabalho do historiador requer destreza e perseverança, especialmente quando contando com a colaboração da polícia, do Ministério Público, do juiz instrutor, dos juízes de audiência, dos defensores e dos peritos.

O processo e a prova nele admitida integram o que poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença. Assim, a atividade do juiz é sempre recognitiva, pois, como defende JACINTO COUTINHO, a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão de dizer o direito no caso concreto. Daí por que o juiz é, por essência, um ignorante: ele desconhece o fato e terá de conhecê-la através da prova. (LOPES JR, 2022, p.396)

Ventilada a importância das provas no processo, esse trabalho acadêmico busca analisar e compreender uma das teorias mais notórias do direito: a dos frutos da árvore envenenada (*Fruits of the Poisonous Tree*), de origem na Suprema Corte norte-americana, que trata em seu cerne, a problemática da (in) admissibilidade das provas ilícitas derivadas no processo, suas regras de exclusão e aplicabilidade.

O tema surgiu na Corte Suprema dos Estados Unidos da América e foi exteriorizada no caso *Silverstone Lumber Co, v. U. S.* (1920), dando a entender que as provas produzidas em derivação de uma prova obtida por meios ilícitos estariam contaminadas pela mesma. A expressão *fruits of the poisonous tree* foi cunhada pelo Juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no caso *Nardone c. United States*, em 1937. Na decisão afirmou-se que “proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmo meios considerados

incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal. A lógica é muito clara, ainda que a explicação seja extremamente complexa, de que se a árvore está envenenada, os frutos que ela gera estarão igualmente contaminados (por derivação) (LOPES JR, 2022, p. 463-464).

No bojo desse contexto, torna-se essencial que haja limites legais que podem e devem observados quanto à obtenção das provas, servindo também como controle do poder punitivo legítimo do estado.

Como ensina Badaró (2022, p.438), a busca pela verdade não constitui o objetivo supremo do processo penal, e não se pode iniciar essa busca com a premissa de que qualquer meio é justificável para atingir esse fim. Em situações em que restringir a descoberta da verdade é necessária para proteger um valor igualmente ou mais fundamental para uma decisão, como o respeito à dignidade humana, a proteção da intimidade ou a preservação da imparcialidade do julgamento, é admissível adotar regras legais que possam parecer contraproducentes à obtenção da verdade, desde que essas regras sejam essenciais para preservar o valor em questão.

É nesse ponto que se encontra a razão e o interesse do estudo em questão, pois, a prova ilícita derivada está diretamente relacionada à opção entre a busca ilimitada da verdade, e o respeito aos direitos e garantias fundamentais, dentro de uma visão ética e segura do processo, ainda que em prejuízo à apuração da verdade, prevalecendo as regras legais. A razão da teoria exposta é que, se as provas ilícitas por derivação não fossem vedadas e desentranhadas do processo, haveria uma brecha para contornar a inadmissibilidade das provas ilícitas originárias.

Em 1988, a nova Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, LVI, decretou a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente¹. Tal assunto, no entanto, só foi recepcionado no Código de Processo Penal em 2008.

Com a Lei nº 11.690/2008, as provas ilícitas passaram a ser definidas no Código de Processo Penal (CPP) como aquelas “obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Adotando a teoria dos frutos da árvore envenenada e suas exceções.

¹ CRFB Art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (BRASIL, 2008).

Para o doutrinador de Aury Lopes Jr. (2022, p.463), podemos concluir com a leitura do art. 157 §1º, 2º e 3º do Código de Processo Penal²:

- Inadmissibilidade da prova derivada (princípio da contaminação);
- Não há contaminação quando não ficar evidenciado o nexo de causalidade;
- Não há contaminação quando a prova puder ser obtida por uma fonte independente daquela ilícita;
- Desentranhamento e inutilização da prova considerada ilícita.

É evidente a intenção do legislador em acolher a teoria dos "frutos da árvore envenenada", estabelecendo e consolidando o entendimento tanto na doutrina quanto na jurisprudência sobre o assunto. Contudo ela não é absoluta, a sua incidência, sofre várias limitações nos casos em que não há conexão do nexo causal entre prova ilícita original e a prova derivada, sendo desenvolvidas, então, exceções às *exclusionary rules*. (LIMA, 2012, p.878).

Assim, torna-se essencial saber:

1. Deve o Estado, possuidor do poder punitivo, buscar a "verdade" dos fatos independente das regras do devido processo legal?
2. Quais são as exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada no processo penal brasileiro e como interpretá-las?
3. Quais as diferentes correntes doutrinárias?

Afim de responder essas e outras perguntas, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, consultou-se diversas doutrinas e jurisprudências, que definiram a teoria dos frutos da árvore envenenada, suas particularidades e a aplicação de suas exceções no processo penal.

O primeiro capítulo é exposto algumas noções preliminares de provas, a relação processo penal, prova e verdade, meios de prova e meios de obtenção de prova, diferença entre elementos informativos e provas, provas cautelares, provas emprestadas, sistemas de avaliação, provas ilícitas e ilegítimas.

² (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

O segundo capítulo define a teoria dos frutos da árvore envenenada, suas exceções e também outras teorias de (in) admissibilidade da prova ilícita, presentes na jurisprudência americana e no ordenamento pátrio, contextualizando ambas, principalmente demonstrando seu desenvolvimento na Suprema corte norte-americana até sua recepção e admissão no processo penal brasileiro, introduzidas pela Lei n. 11.690/2008, com seu histórico no Supremo Tribunal Federal e no Supremo Tribunal de Justiça, contraponto argumentos e expondo diferentes linhas escolásticas sobre o objeto da pesquisa, objetivando entender todas as particularidades envolvidas, principalmente no que tange a análise do nexu causal, seus eventos e desdobramentos.

O terceiro capítulo trata do desentranhamento e inutilização das provas ilícitas no processo penal, por consequência, o desentranhamento do juiz e do julgado, se pautando em critérios racionais e avaliando criticamente os argumentos apresentados pelas correntes doutrinárias.

Por derradeiro, vale salientar, que o art. 157, §5º, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime)³, prevê que o juiz que tiver conhecimento do teor da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença ou o acórdão. Porém, o parágrafo 5º teve eficácia suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal, proferida em 22.01.2020 na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299, motivo pela qual, até que ocorra nova decisão do STF, não terá aplicação.

³ § 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vide ADI 6.298) (Vide ADI 6.299) (Vide ADI 6.300) (Vide ADI 6.305)

1. TEORIA GERAL DA PROVA E NOÇÕES PRELIMINARES

A palavra prova tem origem etimológica de *probo* (do latim, *probare*, *probatio* e *probus*) e traduz: testar, demonstrar que algo tem valor, inspeção, confirmação.

No processo penal, as provas servem como uma tentativa de reconstrução histórica dos fatos, meio pelo qual, formam a convicção do órgão julgador acerca da existência ou não de determinada situação.

Como ensina Claus Roxin, provar significa convencer o juiz da certeza da existência de um fato (ROXIN, 2003, p.185).

Guilherme Nucci, em uma análise impecável, conceitua o termo prova em três dimensões distintas:

1. O ato de provar: refere-se ao processo mediante o qual se avalia a precisão ou veracidade do fato alegado por uma das partes no procedimento (fase probatória).
2. O meio: aborda o instrumento utilizado para evidenciar a verdade de algo (como no caso da prova testemunhal).
3. O resultado da ação de provar: consiste no produto resultante da análise dos elementos probatórios apresentados, revelando a verdade de um determinado fato (TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar, 2018, p. 609).

Há, portanto, uma relação entre prova e decisão penal, logo, vê-se a importância de mecanismos de controle em ambas as dimensões para reduzir a força inquisitorial e reduzir os erros judiciais, trazendo segurança e qualidade.

1.1 Diferença entre prova e elementos informativos

A Lei nº 11.690/08, passou a constar expressamente no artigo 155 do Código de Processo Penal a diferença entre provas e elementos informativos.

Os elementos informativos trazidos na fase investigatória, não requerem, ou não se impõem a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa. Esses elementos servem para embasar decretação de medida provisória pelo magistrado, ou até mesmo, como ensina Renato Brasileiro de Lima (2022, p.158), podem servir

de base para fundamentar a decisão de uma absolvição sumária. Portanto, são elementos de vital importância na persecução penal.

A palavra Prova, é usada para se referir aos elementos produzidos, em regra, no curso do processo penal, e como consequência, com a observância do contraditório e da ampla defesa, estabelecendo a conversa entre as partes.

José Frederico Marques já ensinava que, “em fase da Constituição, não há prova (ou como tal não se considera), quando não produzida contraditoriamente” (BADARÓ, 2022, p.169).

Em resumo, a observância do contraditório é condição de existência da prova, que só serão introduzidas no processo penal na presença do juiz e com participação dialética entre das partes.

1.2 Destinatários da prova

De modo geral, o destinatário da prova é o órgão julgador, no qual tem competência para julgar o delito.

Como aponta Renato Brasileiro de Lima (2022, p. 573), parte da doutrina sustenta que o Ministério Público também poderia ser destinatário, na medida em que, na fase pré-processual, a prova também tem a finalidade de convencer o órgão ministerial. Nesse ponto há de fazer uma observação, pois na fase investigatória, com exceção das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, os “dados” coletados em fase pré-processual são elementos informativos - não prova - pois, a prova, em regra, somente em juízo.

1.3 Finalidade e Objeto da prova

A principal finalidade da prova é o convencimento do órgão julgador. Em outras palavras, busca-se a reconstrução dos fatos extrajudiciais com a maior coincidência possível sobre a veracidade de um fato, através da atividade probatória, objetivando criar condições para que o juiz profira sua decisão.

O objeto da prova são os fatos que as partes pretendem demonstrar. Na verdade, como sustenta o doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2022, p.578): “o objeto na prova é a verdade ou a falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo. São as asserções feitas pelas partes que interessam à solução de controvérsia submetida a apreciação judicial”.

A doutrina aponta o que deve ser objeto das provas:

- I. Imputação constante da peça acusatória: O Ministério Público precisa comprovar o cometimento do delito, sob pena de absolvição do agente;
- II. Costumes: o direito consuetudinário (que se baseia nos costumes, na prática, nos hábitos de uma sociedade) também precisa ser provado;
- III. Regulamentos e portarias: devem ser comprovados as portarias e regulamentos, salvo se esses forem complemento da norma penal em branco, pois presume-se que o juiz conheça;
- IV. Direito estrangeiro, estadual e municipal: O código de processo civil dispõe que a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, deve provar o teor e vigência;
- V. Fatos não contestados ou incontroversos: No processo penal, com base no princípio da presunção de inocência, mesmo o acusado confessando o crime, subsiste o ônus da acusação de comprovar o que foi imputado na peça acusatória;

Há fatos que independem de prova, são eles:

- i. Fatos notórios: São os fatos de conhecimento geral, ou seja, aqueles que estão inseridos na cultura normal e na esfera social, exemplificando, não é necessário provar que o Cristo Redentor (patrimônio histórico) fica na cidade do Rio de Janeiro.
- ii. Fatos axiomáticos ou intuitivos: São os fatos que são claros, óbvios. Como o uso de álcool causar efeito inebriante;
- iii. Fatos inúteis ou irrelevantes: aqueles que não interessam a causa;
- iv. Presunções legais: é a afirmação feita pela lei que algum fato é verdadeiro, logo, não é necessário ser provado pela defesa ou acusação (LIMA, 2022, p.578-80).

1.4 Fonte de Prova

Para BADARÓ (2022, p.440) a diferença entre fonte de prova e meio de prova é de grande importância, pois permite a harmonização do processo penal acusatório com os poderes instrutórios do juiz. Em suma, o juiz não pode ser investigador de fontes de prova.

A fonte de prova é tudo que tem aptidão para fornecer informações para de decisão do juiz, por exemplo: pessoas, documentos ou coisas (ofendido, perito, testemunha, cartas, etc.).

Como exemplo, podemos considerar o caso da transcrição de interceptações telefônicas. A partir dessa transcrição, torna-se viável identificar quais pessoas têm conhecimento dos fatos e podem ser convocadas como testemunhas. Essas testemunhas não apenas desempenham esse papel, mas também funcionam como fontes de prova. Essas fontes de prova podem assumir várias formas, sendo elas materiais (documentos, objetos) ou pessoais (peritos, testemunhas, vítimas) (TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar, 2018, p. 611).

1.5 Meios de Prova

Segundo BADARÓ (2022, p. 440), os meios de prova constituem ferramentas pelas quais se leva ao processo elementos essenciais para a decisão do juiz. São os meios dos quais as fontes de prova são conduzidas ao processo: o depoimento da testemunha, a perícia na arma do crime, etc. Com exceção das provas pré-constituídas como documentos, os demais meios de prova, especialmente aqueles derivados de fontes orais, como testemunhas e vítimas, devem ser apresentados em contraditório judicial, na presença das partes e do juiz.

Em regra, são realizados na fase processual da persecução penal, perante o juiz competente, observando o contraditório, ainda que diferido (provas antecipadas), valendo lembrar que o juiz que presidir a instrução, deverá, em regra, julgar o feito.

Se praticado em desconformidade com o modelo típico, são sancionados, em regra, com nulidade absoluta ou relativa.

Exemplos encontrados no Código de Processo Penal: exame de corpo de delito e perícias em geral (art. 158 a 184), confissão (art. 197 a 200), perguntas ao ofendido (art. 201), testemunhas (art. 202 a 225), reconhecimento de pessoas ou coisas (art. 226 a 228), acareação (art. 229 a 230), documentos (art. 231 a 238), indícios (239), busca e apreensão (art. 240 a 250).⁴

1.6 Meios de Obtenção de Prova

Via de regra os meios de prova são feitos na fase preliminar da investigação, extraprocessual, e implica na restrição de direitos fundamentais do investigado, o que não afasta possibilidade de execução durante o curso do processo, de modo que permite a descoberta de novas fontes de provas para servirem a formação da opinião do órgão julgador.

De acordo com MAGALHÃES GOMES FILHO, os meios de obtenção de provas não são, por si só, fontes de conhecimento, mas atuam como instrumentos para obter elementos materiais, vestígios e declarações com valor probatório (LOES JR, 2022, p.421).

São executados em regra, por policiais aos quais seja outorgada a atribuição de investigação de infrações penais, geralmente com previa autorização e concomitante fiscalização judicial e praticadas com fundamento da surpresa, com desconhecimento dos investigados.

Se praticados em desconformidade, serão reconhecimentos como ilícitos, e deverá ser desentranhado dos autos do processo (LIMA, 2022, p.575).

Conforme ensina BADARÓ, os meios de provas têm a capacidade de servir diretamente para convencer o juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática. Por outro lado, os meios de obtenção de prova são instrumentos utilizados para coletar elementos ou fontes de prova, que, por sua vez, são os que efetivamente podem convencer o julgador (LOPES JR, 2022, p.421).

⁴ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

Em resumo, enquanto o meio de prova pode levar ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de prova têm um papel mais indireto e dependem do resultado de sua aplicação para contribuir com a reconstrução da história dos fatos.

1.7 Meios ordinários e extraordinários de obtenção de prova

Baseando-se no grau de restrição e garantias de direito do investigado, as provas são definidas em meios ordinários e extraordinários para sua obtenção.

Os meios ordinários são aqueles previstos tanto para crimes graves, quanto para infrações de menor potencial, como exemplo a busca domiciliar.

Os meios extraordinários, também conhecidos como técnica de investigação especial, são as ferramentas usadas pela polícia, pelos órgãos de inteligência e também pelo Ministério Público, para apuração de crimes graves. Esses crimes, exigem estratégia diferenciada, e são formados, em regras, por dois elementos principais: sigilo e dissimulação. A maioria dessas técnicas, que viola a intimidade e a vida privadas, devem ser feitas com devida autorização judicial. Exemplos de meios extraordinários: interceptação de comunicação telefônica, infiltração policial, ação controlada, etc. (LIMA, 2022, p.576).

1.8 Provas Cautelares, não repetíveis e antecipadas

Para uma parte da doutrina, o juiz pode formar sua convicção em algumas espécies de provas, produzidas ainda na fase investigatória.

- a) Provas cautelares: São as provas criadas com a justificativa de desaparecimento do objeto da prova em razão do tempo. A prova cautelar terá o contraditório diferido e podem ser produzidas na fase investigatória ou na judicial, e em regra, necessitam de autorização judicial, se valendo do elemento surpresa. Exemplo: interceptação telefônica, oitiva de uma testemunha em fase terminal, etc.
- b) Prova não repetível: é a prova que não tem como ser novamente produzida, ou coletada. Diferentemente das provas cautelares, as

provas não repetíveis, independem da autorização judicial, visto que aqui, os vestígios e a fonte probatória deixados podem desaparecer. Um exemplo conhecido são as perícias de lesões corporais leves, imediatamente há a necessidade da perícia, pois as lesões podem desaparecer. Obviamente, é imperioso a observância do contraditório e a discussão de admissibilidade.

- c) Provas antecipadas: são aquelas produzidas em virtude de urgência e relevância (*periculum in mora*), produzidas em momento anterior ao legalmente previsto. Nesse ponto, há a observância do contraditório real, que seja, a produção da prova com a participação e atuação das partes e do órgão julgador. Como a colheita de depoimento de uma testemunha presencial, em estado grave de saúde, chamada de *ad memoriam rei perpetuam*. (LIMA, 2022, p.572).

1.9 Prova emprestada

É aquela obtida em outro caso e, por meio de reprodução documental, inserida no processo criminal em andamento. O juiz pode considerá-la, porém, é fundamental que ele tenha cautela ao verificar como essa prova foi originada no caso anterior, de onde foi trazida, para garantir que tenha sido obtida de acordo com o devido processo legal. Nesse processo de verificação, o princípio do contraditório é de extrema importância, pois é preciso constatar se as mesmas partes estavam envolvidas no processo original em que a prova foi produzida (NUCCI, 2023, p.259).

Segundo BADARÓ (2022, p.450), para uma prova emprestada ser validada em outro processo, são necessários alguns requisitos, entre eles: (1) A prova do primeiro processo tenha sido produzida perante um juiz natural; (2) que a prova, originária de outro processo, possibilite o exercício do contraditório no segundo processo; (3) que o objeto da prova seja o mesmo; (4) que o plano primeiro, seja o mesmo do segundo processo.

Júlio Fabbrini Mirabete (2004, p.257), sustenta de ser insuficiente a prova emprestada para fundamentar condenação, visto que a mesma deve ser respaldada pelos demais elementos dos autos.

Como visto, prevalece o entendimento que a prova emprestada está condicionada a participação da parte, todas produzidas sob o manto do contraditório e ampla defesa, logo, não se pode usar da prova emprestada produzida no inquérito policial, pois não há observância do contraditório, nesse sentido o artigo 372 do Código de Processo Civil⁵ também aponta a necessária observância do contraditório para utilização da prova emprestada.

Todavia, o mesmo não vale para as provas não repetíveis – inclusive pela sua natureza - que poderá ser emprestada, pois ocorre o contraditório diferido.

Outra questão relevante é a possibilidade de se utilizar elementos probatórios obtidos em interceptação telefônica em processos administrativos e cíveis. A CRFB/88 art.5, inciso XII, estabelece que sua utilização é somente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, porém, o Supremo Tribunal Federal concluiu que as informações obtidas através da interceptação legalmente autorizada de comunicações telefônicas, com o propósito de produzir provas em investigações criminais ou procedimentos penais, assim como aquelas coletadas durante a mesma investigação, podem ser empregadas em procedimentos administrativos disciplinares.

Pode ser aplicado tanto contra as mesmas pessoas em relação às quais as provas foram originalmente coletadas, como também contra outros servidores cujas alegadas condutas inadequadas tenham sido reveladas durante a obtenção dessas provas⁶(LIMA, 2022, p.582).

Em relação as provas emprestadas no âmbito do tribunal do júri, entende o STJ que a validade das provas deve ser aferida pelos jurados. Em caminho oposto, Guilherme Madeira Dezem sustenta que a admissibilidade é matéria relativa ao juiz togado e não ao júri, nas palavras do autor, o magistrado não pode abdicar o que lhe é irrenunciável (LIMA, 2022, p.582).

⁵ LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.

⁶ STF, Tribunal Pleno, Pet 3.683 QO/MG, Rel Min. Cezar Peluso, DJe 035 19/02/2009

1.10 Prova nominada e prova inominada

Provas nominadas são aquelas previstas no código de processo penal ou em legislações extravagantes, com ou sem procedimentos probatórios previsto.

A produção nominada, segundo a doutrina ainda pode ser:

a) Típica: seu modo de produção é expressamente previsto pela legislação, como a prova testemunhal, que além de estar prevista, tem seu rito delineado no código de processo.

B) Atípica: É a prova nominada que não tem seu procedimento especificado pela legislação. A lei prevê, mas não diz o modo como ela deve ser produzida, a título de exemplo temos a reprodução simulada dos fatos (TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar, 2018, p. 620).

Além desses meios, com fundamento no princípio da busca da verdade, também pode-se usar procedimentos não previstos em leis (inominados), desde que sejam moralmente legítimos e lícitos (LIMA, 2022, p. 583).

Trata-se de prova que não é vedada por lei ou pelos bons costumes, embora não haja forma legal expressa, tal como se dá com as certidões de oficiais de justiça que declaram fato.

1.11 Prova típica e provas atípicas

Em regra, o rol de provas previsto no CPP é taxativo, e não poderia se admitir as provas atípicas, não previstas no ordenamento, porém, como ensina Aury Lopes Jr., a velocidade com que o conhecimento científico é construído, geralmente é muito maior que a velocidade do direito, portanto, quando não houver meio de prova típico capaz de atingir o resultado pretendido, de maneira subsidiária, pode ser utilizado provas atípicas. Obedecendo alguns critérios:

- i. Praticada em juízo, a luz do contraditório, observadas todas as regras de standard de legalidade e constitucionalidade.
- ii. Qualidade epistêmica, científica e idônea. CORDERO defende a admissão de tudo que não for vedado, não sendo fruto de violações de garantias e não violando as regras explícitas no CPP.
- iii. Somente se admite prova atípica no inquérito policial quando houver fundamentos para justificar tal medida, ou quando a ciência da parte for contrária à medida em questão (LOPES JR, 2022, p. 444-445).

Em suma, pode ser admitido provas atípicas e inominadas, desde que guardem estrita conformidade com as regras constitucionais e tenham confiabilidade, respeitabilidade e base científica.

1.12 Ônus da prova

O termo ônus deriva do latim – ônus – e significa carga, fardo ou peso. Assim, trazendo o conceito para o âmbito das provas no processo penal, ônus é o dever, o encargo que a parte, através dos meios legais, tem de provas as afirmações por elas colocadas no processo. Do contrário, haveria uma sanção processual.

Segundo GOLDSCHMIDT, ônus são um imperativo do próprio interesse, que se manifestam sob a ameaça de um prejuízo, ou seja, ônus é uma faculdade cujo exercício é relevante para obtenção de uma vantagem ou para não sofrer prejuízo (BADARÓ, 2022, p.499).

Em regra, ônus de provar, trata-se do interesse que a parte que alega o fato possui de produzir prova ao juiz, visando fazê-lo crer na sua argumentação

Nesse ponto o doutrinador NUCCI nos ensina uma importante lição, a carga probatória imposta à defesa não deve ser estendida ao extremo, devido a princípio constitucional da presunção de inocência e, conseqüentemente, ao princípio "in dubio pro reo". Portanto, quando uma defesa alega alguma excludente, como a legítima defesa, por exemplo, e apresenta uma prova razoável, criando uma dúvida sobre o assunto, o réu deve ser absolvido e não condenado. Assim, mesmo que a acusação

tenha estabelecido a materialidade e autoria do crime, a dúvida gerada pelas evidências apresentadas pela defesa em relação à existência da justificação deve favorecer o réu. É fundamental lembrar que é responsabilidade da acusação provar que o réu cometeu um crime, o que inclui naturalmente a demonstração da tipicidade, ilicitude e culpabilidade (NUCCI, 2023, p. 474).

1.13 Sistema de avaliação

Segundo BADARÓ, são basicamente 3 as formas de avaliação da prova:

1. Sistema da íntima convicção do julgador: Em resumo, o juiz julga de acordo com seu convencimento pessoal, sem precisar motivar ou justificar sua decisão. Em regra, esse sistema não foi adotado pelo ordenamento brasileiro. A única previsão é no tribunal do júri, na decisão dos jurados (CPP, art. 472). Isso porque, de acordo com o art. 5º, XXXVIII, da CRFB/88 a votação do júri tem sigilo absoluto, daí a desnecessidade de fundamentação.

2. Sistema da prova tarifada ou legal: trabalha com a ideia que a prova tem valores probatórios fixados pelo legislador, ou seja, a lei estabelece quais os meios de prova para cada fato e qual valor de cada um, assim, ela é adotada de forma excepcional. Exemplo: Prova de morte (certidão de óbito).

3. Sistema do convencimento motivado (persuasão racional do juiz): O magistrado tem ampla liberdade para valorar as provas nos autos, porém com a obrigação de fundamentar e motivar sua decisão de forma lógica e racional. Em resumo, o juiz é livre para decidir, mas somente levando em conta as provas dentro do processo. Como aponta Gomes Filho, “a liberdade em apreciar as provas não se pode confundir com autorização para decisões arbitrárias, apenas deverá se basear em critérios objetivos e de forma controlada. É o sistema adotado pelo código de processo penal (BADARÓ, 2022, p.474).

1.14 Provas Ilícitas e Provas ilegítimas

Para o legislador, não há diferença entre provas ilícitas e provas ilegítimas, visto que o art. 157 do código de processo penal⁷ as aborda sobre o mesmo conceito de prova ilícita, afirmando que são ilícitas as provas que violem normas constitucionais ou legais, assim, colocam ambas na mesma categoria. Esse é o tratamento legal, contudo, encontramos na doutrina a distinção entre provas ilegais, ilícitas e ilegítimas.

A doutrina nacional tem empregado a distinção proposta por Ada Pellegrini Grinover que, com base em Nuvolone, considera que provas contrárias à lei pertencem ao gênero das provas ilegais, que, por sua vez, se dividem em duas espécies: provas ilegítimas e provas ilícitas (BADARÓ, 2022, p.460).

Sob esse prisma, as provas ilegais são consideradas aquelas obtidas por meio de violação de normas legais ou de princípios constitucionais, de natureza material ou processual.

A prova será considerada ilícita quando obtida através de violação e infringência das regras de direito material (penal e constitucional). Na nossa constituição, há diversas inviolabilidades previstas para garantir a proteção dos direitos fundamentais da pessoa, entre elas: vedação ao emprego de tortura ou maus-tratos (CRFB, art. 5º, III), inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (CRFB, art. 5º, X), inviolabilidade do domicílio (CRFB, art. 5º, XI) inviolabilidade do sigilo das comunicações e dos dados (CRFB, art. 5º, XII), integridade física e moral do preso (CRFB, art. 5º, XLIX)⁸, entre outros. Assim, as provas obtidas violando essas garantias, constituem provas ilícitas.

Outra característica importante de destacar é que a prova ilícita, normalmente pressupõe uma violação, ou seja, o cometimento de um delito para obtenção da prova, e ocorre em regra, externo ao processo penal, por isso, a prova ilícita é aquela que viola direito material. Aqui uma observação importante, apontada pelo Doutrinador Renato Brasileiro de Lima, que apesar de, em regra, a prova ilícita ser produzida externamente ao processo, nada impede que sua produção possa ocorrer em juízo,

⁷ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

⁸ BRASIL, Constituição (1988)

basta imaginar, por exemplo, que o magistrado obtenha a confissão do acusado em seu interrogatório judicial, sem prévia e formal advertência quanto ao seu direito ao silêncio (CRFB, art. 5º, LXIII). Nesse caso, é possível concluir-se pela presença de prova ilícita produzida no curso do próprio processo (LIMA, 2022, p.597).

De outro modo, as provas serão consideradas ilegítimas quando obtidas mediante violação à normas de direito processual. Ou seja, aquelas obtidas no curso do processo e sua ilegalidade ocorre na produção. A título de exemplo, imagine que a parte contrária realize a apresentação de objetos aos jurados durante o julgamento no plenário do júri, sem tê-los incluído nos autos com a antecedência mínima de três dias úteis e sem informar a outra parte. Nessa situação, a prova terá sido produzida no processo em desacordo com a norma processual estabelecida no art. 479 do CPP, o que a torna ilegítima e passível de ser reconhecida como tal.

Acerca da distinção entre provas obtidas por meios ilícitos e provas obtidas por meios ilegítimos, expressivas são as súmulas 48, 49 e 50 das Mesas de Processo Penal, dirigidas por Ada Pellegrine Grinover, e vinculadas a Departamento Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Dispões a súmula 48: *“denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material”*; súmula 49: *“são processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa”*. Súmula 50: *“podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, se beneficiem a defesa”* (LIMA, 2022, p.598).

Contornado algumas noções gerais sobre provas, entremos no objeto principal do presente trabalho.

2.PROVAS ILÍCITAS DERIVADA: A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

No processo penal as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis, e essa ilicitude se estende as provas que dela derivam. As provas ilícitas por derivação são meios de evidência que, mesmo que tenham sido obtidos de maneira legal em um momento posterior, estão comprometidos pelo vício da ilegalidade original que se transfere para eles, contaminando-os devido a uma relação causal entre as provas. (LIMA, 2022, p. 601)

Tal como aponta a doutrina, suponha que alguém tenha sido coagido, por meio de tortura, a confessar a prática de um homicídio. Pode ocorrer que essa confissão ilícita original leve à descoberta e apreensão de um cadáver. Embora a apreensão do cadáver possa parecer legal à primeira vista, é inegável que existe uma relação causal direta entre a confissão obtida sob tortura e a descoberta do cadáver. Em outras palavras, se não fosse pela prova inicialmente ilícita, a evidência subsequente não teria sido obtida de forma alguma. Outros exemplos típicos são as provas que derivam de escutas telefônica ilegal, correspondência eletrônica, etc.

O conceito de prova ilícita por derivação se originou no caso SILVERTHORNE LUMBER CO v US, de 1920⁹. Após a prisão de Fred Silverthorne e seu pai sem autorização judicial, as autoridades estaduais invadiram o escritório da empresa da família e apreenderam todos os livros, papéis e documentos presentes no local. Após serem libertados, os Silverthorne solicitaram a devolução dos documentos que foram ilegalmente apreendidos. Eventualmente, eles conseguiram que os documentos originais fossem devolvidos, mas as autoridades fizeram cópias de todo o material antes de devolvê-lo. Posteriormente, ao analisarem o conteúdo incriminatório das cópias, o juiz do caso emitiu uma ordem exigindo que os Silverthorne entregassem novamente os documentos originais às autoridades. A Suprema Corte dos Estados Unidos considerou inválida a intimação que tinha sido emitida com base em informações obtidas por meio de uma busca ilegal. A acusação não teve permissão para utilizar no processo a evidência diretamente obtida da busca ilegal, nem a

⁹ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>

evidência obtida indiretamente por meio da intimação que se baseava nessa busca ilegal. (LIMA, 2022, p. 601)

Na decisão em questão, afirmou-se que “proibir o uso direto de certos métodos, mas não por limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal”. (LOPES JR, 2002, p. 464)

Posteriormente a suprema corte teve mesmo entendimento, no julgamento do caso NARDONE v US (1939)¹⁰, a expressão frutos da árvore envenenada foi aplicada, e deve o seu nome à uma linguagem figurada, pois assim como a árvore envenenada transmite o veneno para seus frutos, uma prova ilícita transmite o seu vício para outras provas que lhe forem decorrentes. Outros casos que respaldam essa teoria inclui o caso Wong Sun v. United States, em 1963¹¹, que resultou na exclusão de testemunhos e objetos obtidos como resultado de prisões e investigações ilegais; Também temos o caso Brown v Illinois (1975)¹², no qual se decretou a exclusão de confissão obtida da pessoa presa ilegalmente;

No entanto como ensina Renato Brasileiro de Lima, o ponto crucial dessa teoria foi o conhecido julgamento MIRANDA v. ARIZONA, de 1966¹³, em que a Suprema Corte Americana estabeleceu o entendimento de que nenhuma declaração feita por uma pessoa à polícia poderia ser considerada válida, a menos que a pessoa fosse claramente informada de:

1. Seu direito de permanecer em silêncio;
2. Que tudo o que dissesse poderia ser usado contra ela;
3. Seu direito à assistência de um advogado, seja escolhido por ela ou nomeado pelo tribunal.

A Suprema Corte Americana adotou a posição de que a mera ausência dessa formalidade era suficiente para invalidar as declarações de uma pessoa, especialmente as confissões e as provas obtidas a partir delas. (LIMA, 2022, p.601)

¹⁰ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>

¹¹ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>

¹² <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/422/590/>

¹³ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>

No Brasil, de acordo com a doutrina, o Supremo Tribunal Federal (STF) rejeitou a aplicação da teoria mencionada. Inicialmente, prevaleceu a posição do Ministro Moreira Alves, que argumentou que a redação da Constituição no artigo 5º, inciso LVI, era clara ao afirmar que apenas as provas ilícitas em si deveriam ser consideradas inadmissíveis no processo, e não aquelas que foram obtidas a partir delas, desde que produzidas de maneira lícita. No referido julgamento, foram derrotados o Ministro Celso de Mello e, em menor medida, os Ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira.

No entanto, em 1996, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) revisou o assunto e se posicionou a favor da adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada, estabelecendo que, na ausência de uma lei definindo as condições e procedimentos conforme estipulado no artigo 5º, inciso XII, da Constituição, um juiz não pode autorizar a interceptação de comunicações telefônicas para fins de investigação criminal. Além disso, enfatizou que a ilegalidade da interceptação telefônica contamina outros elementos probatórios eventualmente obtidos, direta ou indiretamente, das informações coletadas na escuta. O habeas corpus foi concedido." (LIMA, 2022, p. 601)

Na dicção do Min Celso de Mello:

Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, que 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 originalmente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir a 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 (...). Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo poder público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. – Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em que decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, opor agentes estatais, 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 cidadãos¹⁴. Em outro julgado, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que não estando a denúncia respaldada exclusivamente em provas

¹⁴ STF, 2ª Turma, RHC 90.376/RJ, Rel, Min. Celso de Mello, Dje-018 17/05/2017

obtidas por meios ilícitos, que devem ser desentranhadas dos autos, não há porque declarar-se a sua inépcia porquanto remanesce prova lícita e autônoma, não contaminada pelo vício de inconstitucionalidade¹⁵(LIMA, 2022, p.602).

Nesse panorama, Aury Lopes Jr (2022, p.464) levanta uma crítica importante, segundo o doutrinador, um dos maiores desafios enfrentados na aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada nos tribunais brasileiros é a abordagem tímida e restritiva adotada em relação ao nexos causal e à contaminação das provas. A jurisprudência não reconhece a contaminação de evidências além daquelas diretamente relacionadas à prova ilícita. Isso acontece sem considerar que, diante de uma ilegalidade, é importante reconhecer a contaminação, não apenas como um princípio de direito, mas também para sinalizar a todos os órgãos da administração da justiça que é fundamental agir dentro dos limites da legalidade.

Em outras palavras, não se deve conceder aprovação judicial a abusos e à obtenção de provas em desacordo com as regras legais. Uma interpretação mais ampla da teoria dos frutos da árvore envenenada pode contribuir para um sistema de justiça mais justo e transparente, incentivando o cumprimento rigoroso das normas legais desde o início da investigação até o julgamento.

O desenvolvimento da teoria dos frutos da árvore envenenada, gerou uma reação da Suprema Corte dos Estados Unidos à inflexibilidade dessas regras, a rigidez poderia gerar consequências desastrosas no processo penal, assim, resultou na criação de exceções às normas de exclusão. Algumas dessas exceções já estão sendo aplicadas em nosso sistema jurídico brasileiro, merecendo atenção singular.

2.1 Teoria da fonte independente (*Independent Source Doctrine*)

Com a reforma processual de 2008, a limitação da fonte independente passou a constar expressamente no CPP. Isso porque, segundo o artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal, “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo

¹⁵ STF – RHC 74.807/MT – 2ª turma – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJ 20/06/1997 p.28.507

quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente da primeira”.

Conforme a teoria ou exceção da fonte independente, se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve novos elementos de informação de uma fonte autônoma de prova, que não possui qualquer relação de dependência e não decorre da prova originalmente ilícita, sem manter vínculo causal com esta, tais dados probatórios são considerados admissíveis, pois não estão contaminados com a ilegalidade da prova original.

É crucial exercer extrema cautela na aplicação da exceção da fonte independente, para evitar a tentativa de contornar a proibição da valoração das provas ilícitas por derivação, alegando que se trata de uma fonte independente. Para que a teoria seja aplicada, é necessário apresentar uma demonstração fática e inequívoca de que a prova avaliada pelo juiz, efetivamente provém de uma fonte autônoma, ou seja, não está na mesma linha de desenvolvimento das informações obtidas com a prova ilícita. Importante destacar que caso não se demonstre, de forma incontestável, a ausência de qualquer nexo causal, a teoria da prova ilícita por derivação prevalece e em caso de dúvida, aplica-se o princípio *in dubio pro reo* (LIMA, 2022, p. 603).

Segundo a doutrina, a origem dessa teoria está ligada ao direito norte-americano, no caso de *Bynum v. U.S.*, de 1960, a corte inicialmente determinou a exclusão das provas obtidas durante a prisão ilegal do acusado Bynum. No entanto, durante o novo processo, a acusação utilizou um conjunto anterior de planilhas do FBI correspondentes às impressões digitais encontradas no local do crime. Como a polícia tinha motivos legítimos para acessar as antigas planilhas de Bynum, independentemente da prisão ilegal, e as impressões digitais contidas nessas planilhas foram coletadas anteriormente sem qualquer relação com o roubo sob investigação desta vez, as antigas planilhas foram aceitas como prova obtida de forma independente, sem qualquer conexão com a prisão ilegal (LIMA, 2022, p.603).

No caso *Murray v. United States*, de 1988¹⁶, os policiais observaram atividades suspeitas de tráfico de drogas em uma residência e, ilegalmente, entraram na casa para confirmar suas suspeitas. Posteriormente, eles solicitaram um mandado judicial

¹⁶ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/>

para busca e apreensão, mencionando apenas as suspeitas e sem mencionar a ilegal entrada anterior. Com o mandado em mãos, os policiais entraram novamente na residência e apreenderam as drogas. A corte considerou a prova válida, argumentando que, mesmo que os policiais não tivessem realizado a primeira invasão ilegal, de qualquer forma teriam obtido o mandado que justificaria a segunda entrada legal, com base apenas nas suspeitas iniciais (LIMA, 2022, p.603).

No Brasil, a análise da jurisprudência feita pelo Renato Brasileiro de Lima (2022, p.603) demonstra que a teoria da fonte independente já vem sendo adotada pelo STF há alguns anos. Em julgamento ocorrido em agosto de 2004, a 1ª turma entendeu que “eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do CPP, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório colecionado na fase judicial, sob o crime do contraditório. Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenado, sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo¹⁷.

Para Ada Pellegrine Grinover, a adição da previsão normativa era, na verdade, completamente dispensável, uma vez que o conceito de prova derivada, por natureza, implica na existência de uma relação de causalidade entre a ilegalidade da primeira prova e a obtenção da segunda. Se não houver essa conexão, é evidente que não estamos lidando com uma prova derivada (GRINOVER, 2008, p.133).

Aury Lopes Jr. (2022, p.465), faz duras críticas à redação que define a fonte independente, segundo ele, é péssima e sua abertura a torna perigosa, permite ao legislador fazer sua própria interpretação, em relação aos trâmites de praxe e os meios investigativos.

Para o doutrinador e professor BADARÓ (2022, p.468-469), essa hipótese é dispensável e desnecessária, pois uma vez que não há nexos de causalidade entre as provas, nem mesmo se falaria da problematização da prova ilícita por derivação.

¹⁷ STF, 1ª Turma, HC 83.921/RJ, Rel Min Eros Grau, DJ 27/08/2004

Seguindo a mesma linha de pensamento, tanto o Supremo Tribunal Federal¹⁸ quanto o Superior Tribunal de Justiça¹⁹ estabeleceram jurisprudência consistente no sentido de que as irregularidades eventualmente ocorridas no âmbito do inquérito policial não afetam a validade da ação penal, especialmente quando se baseia em fonte independente. Isso implica na rejeição da teoria da ilicitude por derivação, uma vez que as provas coletadas durante o processo penal, através de um procedimento contraditório, não derivam diretamente daquela investigação preliminar (TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar, 2018, p. 629).

2.2 Teoria da descoberta inevitável (*Inevitable Discovery Exception*)

Segundo a teoria da descoberta inevitável, se for comprovado que a prova derivada da prova ilícita seria obtida de qualquer forma, independentemente da prova ilícita original, essa prova deve ser aceita como válida. A aplicação dessa teoria requer evidências sólidas que confirmem que a descoberta teria ocorrido inevitavelmente, com base em elementos de provas concretos (LIMA, 2022, p.604).

Sua origem ocorreu no caso *Nix v. Williams – Williams II*, em 1984²⁰: com base em uma declaração adquirida de forma ilegal do acusado, a polícia conseguiu rastrear o paradeiro do corpo da vítima de homicídio, que estava oculto em uma vala próxima a uma estrada. No entanto, mesmo que a localização do cadáver tenha sido resultado de uma declaração obtida de maneira ilegal, ficou evidenciado que, no contexto específico deste caso, um grupo de duzentos voluntários já estava realizando buscas pelo corpo de acordo com um plano preestabelecido que, inevitavelmente, teria levado à descoberta do local onde o corpo foi encontrado.

A Suprema Corte dos Estados Unidos concluiu que a teoria dos frutos da árvore envenenada não obstruiria a admissão de evidências derivadas de uma violação constitucional se fosse inevitável que tais provas fossem descobertas por meio de atividades de investigação legais, sem qualquer ligação com vício original. Além disso,

¹⁸ STF, 2ª Turma, HC 73.000 – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJ 02/02/1996

¹⁹ STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 235.840/SP – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – Dje 06/03/2013

²⁰ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>

salientou que o conceito de descoberta inevitável não se baseia em suposições, mas sim em fatos históricos comprováveis prontamente.

Na visão da parte da doutrina, tal teoria teria passado a constar expressamente no código de processo penal a partir das alterações trazidas pela lei 11.690/08, seu conteúdo pode ser extraído do artigo 157 §2º, do CPP: “considera-se fonte independente aquela que, por si só, seguindo os tramites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Há doutrinadores que se posicionam no sentido da inconstitucionalidade da limitação da descoberta inevitável, nesse contexto, Antônio Magalhães Gomes Filho afirma que esse dispositivo vai contra o espírito da garantia constitucional estabelecida no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, e, portanto, deve ser considerado inconstitucional. Seguindo uma linha de pensamento semelhante, Ada Pellegrini Grinover argumenta que o dispositivo coloca em perigo o próprio propósito da proibição constitucional, que visa a evitar violações dos direitos individuais consagrados na Constituição, pois abre a possibilidade de validação de qualquer prova derivada de uma ilegalidade (LIMA, 2022, p.604).

A dificuldade evidente reside no fato de que o magistrado deve, ao analisar as circunstâncias do caso específico, determinar se realmente existia uma inevitabilidade na descoberta da prova ilícita ou se essa prova desempenhou de alguma forma um papel contributivo na revelação das demais evidências que surgiram. Se houver uma contribuição efetiva, o vínculo de contaminação estará plenamente estabelecido. Assim, conforme Nestor Tavora e Rosmar Rodrigues Alencar sustentam, não é suficiente apenas que a prova derivada poderia ter sido descoberta de outra maneira para afastar sua ilicitude. O que precisa ser demonstrado de maneira conclusiva é que a reunião dos demais elementos era inquestionável, seja devido à interligação entre as pessoas, à investigação em si ou às fontes de produção autônomas. (TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar, 2018, p. 630).

Para Aury Lopes Jr. (2022, p. 467-469), a teoria da descoberta inevitável ataca o nexos causal e serve para reduzir a eficácia da teoria dos frutos da árvore envenenada. Além disso, enfatiza que a fragilidade dessa teoria está em fatos que

não possam ser provados concretamente, uma porta para arbitrariedade e desigualdade.

Por outro lado, uma corrente respeitável argumenta que, os conceitos de prova ilícita e prova ilícita por derivação são indeterminados, tanto a ampliação indevida quanto a restrição de seus âmbitos conceituais podem ser evitadas pelo juiz no momento da aplicação. Nessa perspectiva, de acordo com Feitoza, é possível tanto admitir limitações à teoria da prova ilícita por derivação quanto entender que, para proteger direitos fundamentais no caso concreto, a limitação deve ser afastada e a prova deve ser reconhecida como ilícita (LIMA, 2022, p.604).

Essa teoria ganhou aceitação no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça. Em um julgamento que envolveu a discussão da legalidade de um extrato bancário obtido pelo herdeiro da vítima sem autorização judicial, a 6ª Turma do STJ aplicou a teoria da descoberta inevitável. Nas palavras do Ministro Og Fernandes, relator do caso, o § 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal é utilizado para atenuar a teoria da contaminação da prova, restringindo-a aos casos em que a prova ilícita é absolutamente crucial para a descoberta da prova derivada, sem a qual esta última não existiria. No contexto específico, o sobrinho da vítima, na qualidade de herdeiro, adquiriu conhecimento das movimentações financeiras após sua inclusão no inventário e, portanto, teria tido ciência do desfalque sofrido pela vítima; em outras palavras, a descoberta era inevitável. Portanto, não haveria justificativa razoável para anular todo o processo e as demais provas obtidas, tanto durante a instrução criminal quanto na fase pré-processual (LIMA, 2022, p.605).

Em resumo a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, possivelmente, que seria inevitavelmente obtida, mesmo quando retirada a fonte ilícita.

2.3 Limitação da mancha purgada, vícios sanados ou tinta diluída (*Purged Taint Exception*,)

Outro importante regras de exceção é a doutrina da mancha purgada, também conhecida como limitação dos vícios sanados, do nexos causal atenuado ou da tinta diluída.

Segundo essa teoria, a aplicação dos frutos da árvore envenenada é dispensável se o elo causal entre a prova primária e a secundária for enfraquecido devido à passagem do tempo, a ocorrência de circunstâncias posteriores na cadeia probatória, a diminuição da relevância da ilegalidade ou à disposição de um dos envolvidos em colaborar com a investigação criminal. Nesse contexto, mesmo que uma prova específica tenha sido contaminada devido à sua origem ilícita ou ilegal, um evento futuro purifica, afasta ou elimina essa irregularidade, possibilitando a utilização da prova que inicialmente estava comprometida (LIMA, 2022, p. 605).

Essa teoria foi desenvolvida no caso *WONG SUN v US* (1963)²¹, em que a polícia, de maneira ilegal, ingressou no domicílio de “A” sem causa provável, efetuando em seguida sua prisão. Dessa prisão ilegal, ilegal resultou na apreensão de drogas em posse de “B”, o qual, por sua vez, disse ter recebido a droga de “C”, que também foi preso de maneira ilegal. Dias mais tarde, após “C” ter sido colocado em liberdade, resolveu voluntariamente confessar aos policiais a prática do delito, durante seu interrogatório policial. Quanto a apreensão da droga com “B” e suas declarações, entendeu a suprema corte tratar-se de prova ilícita por derivação, eis que o resultado da entrada ilegal na casa de “A”.

No entanto, concluiu que a teoria dos frutos da árvore envenenada não teria o condão de contaminar o que se apurou contra “C” pois sua ação voluntária de confessar a prática delituosa após ter sido solto e advertido de seus direitos, teria tornado a conexão entre a prisão ilegal e a declaração tão atenuada que o veneno da ilegalidade originária teria se dissipado. Da análise do caso *WONG SUN v US*, embrião da limitação da mancha purgada, depreende-se que um vício de ilicitude originário pode ser removido, por meio de um ato independente interveniente,

²¹ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>

praticado pelo acusado ou por meio de um terceiro, a determinar a interrupção da corrente causal entre a ilegalidade originária e a prova subsequente (LIMA, 2022, p.605).

Segundo parte da doutrina, tal teoria passou a constar no CPP, em virtude das alterações introduzidas pela lei 11.690/08 art. 157, §1º, do Código de Processo Penal, embora o dispositivo não faça menção direta à doutrina da tinta diluída, ao referir-se à falta nexos causal entre a prova ilícita original e a prova subsequente, pode-se inferir a aplicação dessa teoria. Isso ocorre porque quando o vício da ilicitude original é atenuado devido à passagem do tempo, circunstâncias supervenientes, ou a cooperação voluntária de um dos envolvidos, o nexos causal entre a prova ilícita original e a prova subsequente desaparece, tornando inaplicável a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Há precedentes no STJ, segue importante ementa sobre o assunto:

ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. PROVA PRODUZIDA NO EXTERIOR. PARÂMETRO DE VALIDADE. ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO. ORDEM PÚBLICA, SOBERANIA NACIONAL E BONS COSTUMES. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROVAS ILÍCITAS DERIVADAS. FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. EXCEÇÕES. TEORIA DA MANCHA PURGADA. NEXO DE CAUSALIDADE. ATENUAÇÃO. PRERROGATIVA DE FORO. CONEXÃO E CONTINÊNCIA. COMPETÊNCIA. DESMEMBRAMENTO. FORO PREVALENTE. ART. 78 DO CPP. PREJUÍZO CONCRETO. DEFESA. AUSÊNCIA. CORRUPÇÃO PASSIVA QUALIFICADA. APTIDÃO DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. CONSUNÇÃO. MATÉRIA DE PROVA. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. RECEBIMENTO. 1. O propósito da presente fase procedimental é verificar a aptidão da denúncia e a possibilidade de absolvição sumária do acusado, a quem é imputada a suposta prática dos crimes de corrupção passiva circunstanciada (art. 317, § 1º, do CP), por 17 (dezesete vezes), e de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/98). 2. A provas obtidas por meio de cooperação internacional em matéria penal devem ter como parâmetro de validade a lei do Estado no qual foram produzidas, conforme a previsão do art. 13 da LINDB. 3. A prova produzida no estrangeiro de acordo com a legislação de referido país pode, contudo, não ser admitida no processo em curso no território nacional se o meio de sua obtenção violar a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, em interpretação analógica da previsão do art. 17 da LINDB. 4. A teoria dos frutos da árvore envenenada tem sua incidência delimitada pela exigência de que seja direto e imediato o nexos causal entre a obtenção ilícita de uma prova primária e a aquisição da prova secundária. 5. De acordo com a teoria do nexos causal atenuado ou da mancha purgada, i) o lapso temporal decorrido entre a prova primária e a secundária; ii) as circunstâncias intervenientes na cadeia probatória; iii) a menor relevância da ilegalidade; ou iv) as vontades do agente em colaborar com a persecução criminal, entre outros elementos, atenuam a ilicitude originária, expurgando qualquer vício que possa recair sobre a prova secundária e afastando a inadmissibilidade de referida prova. 6. Na presente hipótese, as provas encaminhadas ao MP brasileiro são legítimas,

segundo o parâmetro de legalidade suíço, e o meio de sua obtenção não ofende a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, até porque decorreu de circunstância autônoma interveniente na cadeia causal, a qual afastaria a mancha da ilegalidade existente no indício primário. Não há, portanto, razões para a declaração de sua inadmissibilidade no presente processo. 7. A fase investigativa de crimes imputados a autoridades com prerrogativa de foro no STJ, ocorre sob a supervisão desta Corte, a qual deve ser desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia. 8. Havendo indícios do envolvimento de pessoa com prerrogativa de foro, os autos devem ser encaminhados imediatamente ao foro prevalente, definido segundo o art. 78, III, do CPP, o qual é o único competente para resolver sobre a existência de conexão ou continência e acerca da conveniência do desmembramento do processo. 9. *In casu*, embora o juízo de primeiro grau de jurisdição tenha usurpado a competência do STJ ao desmembrar o inquérito, não há prejuízo concreto à defesa do réu, razão pela qual esse vício não é capaz de impedir o recebimento da denúncia. 10. Ocorre a inépcia da denúncia ou queixa quando sua deficiência resultar em prejuízo ao exercício da ampla defesa do acusado, ante a falta de descrição do fato criminoso, da imputação de fatos determinados ou da circunstância de da exposição não resultar logicamente a conclusão. 11. Na hipótese, a denúncia narra que o acusado, funcionário público, teria, em mais de uma oportunidade, recebido vantagens indevidas em razão dos cargos que já ocupou e atualmente ocupa e que teria deixado de praticar atos de ofício e praticado outros com violação de dever funcional, evidenciando de modo suficiente a presença de elementos que permitem o exercício da ampla defesa pelo acusado. 12. Embora a tipificação da lavagem de dinheiro dependa da existência de um crime antecedente, é possível a autolavagem - isto é, a imputação simultânea, ao mesmo réu, do delito antecedente e do crime de lavagem -, desde que sejam demonstrados atos diversos e autônomos daquele que compõe a realização do primeiro crime, circunstância na qual não ocorrerá o fenômeno da consunção. 13. A verificação da efetiva prática de condutas tendentes a acobertar a origem ilícita de dinheiro, com o propósito de emprestar-lhe a aparência da licitude, é matéria que depende de provas e deve ser objeto da instrução no curso da ação penal. 14. Preliminares rejeitadas. Denúncia recebida.

(STJ - APn: 856 DF 2010/0184720-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/10/2017, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 06/02/2018)²².

Embora compartilhe algumas semelhanças com a doutrina da fonte independente, a teoria da mancha purgada não deve ser confundida com ela. Na teoria da fonte independente, o nexó causal entre as provas é atenuado, devido a prova secundária ter uma existência independente da prova primária desde o início.

Já na limitação da mancha purgada, o lapso temporal que transcorre entre a prova primária e a secundária, as circunstâncias que surgem ao longo da cadeia de evidências, a menor relevância da ilegalidade original ou a vontade do agente em

²² STJ, Corte Especial, APN 856, DF, Rel. Min Nancy Andrigli, j. 18/10/2017, DJe 06/02/2018

colaborar com a persecução criminal que atenuam a ilegalidade original, eliminando qualquer vício que possa afetar a prova secundária.

Essa teoria visa evitar a declaração de ilicitude de uma prova que resulte de outra prova ilícita, desde que a conexão entre elas, embora existente, seja demasiadamente superficial.

Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigue Alencar (2018, p.630), observa-se na jurisprudência dos Estados Unidos um esforço em abrir exceções à rigorosa aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, aproveitamento ao máximo a prova derivada da ilícita, conferindo ao magistrado ferramentas para conter os efeitos da ilicitude. No entanto tal abordagem no Brasil pode, indiretamente, comprometer o princípio constitucional de vedação das provas ilícitas.

2.4. Outras exceções a (in) admissibilidade da prova apontadas pela doutrina

Além das exceções explicitamente contempladas pelo legislador no art. 157 do CPP, identificamos, tanto na jurisprudência dos Estados Unidos quanto na jurisprudência nacional, outras exceções e delineamentos adicionais para a admissão de provas derivadas de fontes ilícitas no contexto do processo penal. Algumas dessas exceções não têm respaldo em nossa legislação, enquanto outras já possuem jurisprudência consolidada a esse respeito. Vamos agora examiná-las em detalhes.

2.4.1 Exceção da boa-fé (*The Good Faith Exception*)

A limitação da boa-fé foi reconhecida pela Suprema Corte Americana no caso *US v. LEON*, em 1984²³. Neste precedente, foi entendido que a proibição de provas ilícitas tem como objetivo principal desencorajar, dissuadir e prevenir violações dos direitos fundamentais. Portanto, não é apropriado afirmar que as provas seriam consideradas ilícitas quando um agente, agindo de boa-fé e com razoável confiança na validade de um mandado de busca e apreensão, emitido por um juiz imparcial e

²³ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/>

neutro, mesmo esse mandado posteriormente declarado ilegal devido à falta de fundamentos suficientes para sua emissão.

Guilherme NUCCI (2009, p. 268) destaca que a responsabilidade recai sobre o magistrado que expediu o mandado, e não da autoridade policial. De maneira que a prova deve ser admitida.

Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se argumentar que uma prova obtida com uma violação de princípios constitucionais deve ser aceitável, desde que sua obtenção não tenha sido intencional por parte daqueles que conduziram a investigação, mas sim resultado de um erro ou falta de conhecimento. Os dois critérios fundamentais para determinar a admissibilidade dessa prova seriam a boa-fé e a crença razoável na legalidade da conduta do agente.

Como ensina Walter Nunes da Silva Júnior, no sistema Americano ainda se exclui a aplicação das regras de exclusão, com base na boa-fé dos agentes encarregados de conduzir investigações. Este é um assunto particularmente sensível, pois lida com situações em que o agente, devido a um erro de fato, acaba violando um direito fundamental com suas ações. No entanto, devido à sua boa-fé, a ilegalidade é considerada afastada (LIMA, 2022, p.606).

Destarte, para nossa doutrina, a boa-fé não pode retirar a ilicitude da prova que foi produzida. A ausência de dolo por parte do agente não impede a contaminação, visto que é necessário não só a boa-fé subjetiva, mas também a objetiva, que é o respeito à lei na produção da prova (TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar, 2018, p. 631).

Como bem aponta Renato Brasileiro de Lima, na doutrina brasileira não há registros de sua aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e no Supremo Tribunal de Justiça, visto que nosso ordenamento veda a admissibilidade das provas ilícitas e também visa os direitos e garantias fundamentais, por isso a boa-fé do agente é irrelevante (LIMA, 2022, p. 606).

2.4.2 Teoria do risco

A teoria do risco é outra importante limitação as regras de exclusão da prova ilícita do direito norte-americano, com base na qual se busca dar fundamento à

validade da prova obtida mediante violação ao direito à intimidade, como a utilização de escutas telefônicas, filmagens e fotografias clandestinas.

Conforme enfatizado por Silva Júnior, a argumentação aqui se baseia na ideia de que, quando alguém faz revelações voluntárias sobre seu envolvimento em atividades ilegais, essa pessoa assume o risco de que terceiros possam documentar o evento, sendo irrelevante o não conhecimento que no momento estava sendo tirada fotografias, uso de escutas, filmagens, etc.

No Brasil, como aponta a doutrina, não se tem registros da aplicação expressa da teoria do risco pelo Supremo Tribunal Federal, tampouco no Supremo Tribunal de Justiça. Porém, o STF tem concluído pela admissibilidade de gravações clandestinas desde que não haja causa legal de sigilo ou reserva de conversação. Também tem considerado válida as gravações feitas por câmeras de segurança em estabelecimentos comerciais e de via pública, pois as gravações nesses ambientes como forma de segurança, não viola o direito à intimidade (LIMA, 2022, p.607).

2.4.3 Princípio ou teoria da serendipidade

A teoria da serendipidade é aplicada em situações nas quais, durante a realização de uma diligência, as autoridades policiais encontram evidências relevantes de outra infração penal (crime achado) que não estava relacionada à linha normal de investigação. O termo serendipidade é utilizado quando a prova de um determinado crime é obtida a partir de uma diligência de investigação regularmente autorizada para outro delito (LIMA, 2022, p.608).

Noutras Palavras, a admissibilidade da prova obtida de forma inesperada está sujeita à maneira como a diligência foi conduzida. Observa se houve desvio de finalidade ou abuso de autoridade, a prova não deve ser considerada legítima.

Todavia, se o encontro da evidência ocorreu de maneira casual e fortuita, ela é considerada válida.

De tal arte, essa teoria se torna útil em situações envolvendo mandado de busca e apreensão e também na execução de interceptação telefônicas devidamente autorizadas, isso porque, não havendo indícios de ilegalidade nas diligências, os elementos probatórios serão considerados válidos (LIMA, 2022, p.609).

Com frequência, ocorre que um juiz autoriza a interceptação telefônica com o propósito de investigar uma infração penal relacionada a um suspeito específico e no decorrer da diligência a polícia pode acabar obtendo informações ou evidências de outro crime, seja envolvendo o mesmo suspeito ou outra pessoa, a autoridade polícia pode, portanto, se deparar com:

- i) A descoberta de prova relativa a outro crime, com relação de conexão ou de continência com o objeto das investigações (artigo 76 e 77, do CPP);
- ii) A constatação de provas ou de fontes de provas referente a crime diverso do objeto das investigações e que não guarda relação de conexão ou de continência com aquele que é objeto da apuração;
- iii) A revelação de que o crime apurado ocorreu em coautoria, com a inclusão de pessoas que ainda não eram investigadas;
- iv) A verificação de que o existe a participação de pessoa diversa no crime e que ela detém prerrogativa de função, seja em coatora, seja em crime diverso, com ou sem reação de conexão ou de continência (TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar, 2018, p. 636).

Logo, a questão que os doutrinadores Nestor Távora e Rosmar Alencar levantam é (2018, p.636): a prova ou fonte de prova revelada de forma fortuita é válida? Em outros termos, no caso de a interceptação telefônica revelar crimes diversos daqueles que fundamentou o seu deferimento ou de apontar outras pessoas envolvidas em infrações penais diversas daquela que é objeto da apuração, é possível que as transcrições sirvam de prova em outro processo penal? Ou de forma mais simples: essa prova encontrada acidentalmente, é lícita?

As respostas dessas questões, dependerão de alguns critérios para fazer incidir o princípio da serendipidade, ou não, vejamos:

1. A prova obtida fortuitamente será válida quando:
 - ✓ Houver relação de conexão ou de continência nos estritos termos do artigo 76 e 77, do Código de Processo Penal;

- ✓ A autoridade policial responsável comunicar o juiz imediatamente a revelação do fato delituoso diverso conexo ou continente, ou, de outra pessoa envolvida em regime de coautoria, especialmente quando a coautoria envolver pessoal com prerrogativa de função, visando tomar as medidas necessárias para que o órgão competente a processe e julgue devidamente.
 - ✓ O juiz, ao tomar conhecimento da ocorrência de uma descoberta fortuita, avaliará se o fato descoberto tem conexão com a evolução histórica do crime penal em investigação, de acordo com os critérios estabelecidos na decisão que autorizou a medida;
2. A prova obtida não será válida, mas será fonte de prova, isto é, seria considerada notícia do crime, sendo motivo suficiente para deflagrar outra investigação preliminar com objeto distinto, quando:
- ✓ Revelar crime diverso daquele objeto da investigação, divergindo dos critérios delineados na decisão que concedeu a autorização;
 - ✓ Demonstrar que o crime foi perpetrado por alguém diferente do indivíduo sob investigação;
 - ✓ O juiz verificar que o fato diverso descoberto não segue o desdobramento histórico alusivo àquele que foi motivo na medida, mas a fonte de prova será apta a fazer notícia crime e desencadear novos pedidos investigativos;
 - ✓ As conversas entre o investigado e seu advogado, quando a comunicação envolver estritamente relação profissional (Lei nº 11.767/2008, EOAB, art.7, inciso II)(TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar, 2018, p. 609).

O Supremo Tribunal de Justiça, admitiu a licitude de prova colhida durante inquérito policial instaurado perante o primeiro grau de jurisdição. No caso, descobriu-se envolvimento de pessoa com prerrogativa de função junto ao TRF. O juiz do caso, tomando ciência da suposta autoria do detentor de foro privilegiado, remeteu

imediatamente aos autos ao tribunal competente, em respeito à Constituição (art. 108)²⁴.

Em uma decisão distinta, a sexta turma do STJ se mostrou mais detalhada, explicando que a obtenção fortuita de conversas mantidas por uma autoridade com prerrogativa de foro não implica, por si só, a imediata remessa dos registros para o Tribunal competente. Para isso, a turma considerou necessário que, previamente, seja realizada uma avaliação da validade e suficiência das informações obtidas, a fim de estabelecer nexos causal entre o titular das prerrogativas de foro em atividades criminosas²⁵(TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar, 2018, p. 639).

Há de esclarecer, que em hipótese alguma deve ser divulgado o conteúdo da conversa interceptada, seja fortuitamente ou não. Ainda que se ordene a “suspensão do sigilo” do conteúdo da conversação telefônica, essa ordem não tem o condão de afastar o sigilo que deve ser mantido para proteger a intimidade dos investigados ou acusados.

2.4.4 Princípio da proporcionalidade *pro societate e pro reo*

A doutrina da proporcionalidade é originária da jurisprudência alemã e adaptada no sistema jurídico dos Estados Unidos, funcionando como regra de exclusão à inadmissibilidade das provas ilícitas. Isso ocorre quando, após uma análise cuidadosa do caso, se conclui que a exclusão da prova ilícita resultaria em completa perplexidade e evidente injustiça.

Desse modo, assegura Aury Lopes Jr. (2022, p.459), que o perigo dessa teoria é imenso, visto que o conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado, principalmente quando há grande interesse público.

Como assegura Ada Pellegrini, Scarence Fernandes e Magalhães Gomes Filho, há uma posição quase unânime da possibilidade de utilização da prova favorável ao acusado no processo penal, ainda que violando direitos fundamentais (TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar, 2018, p. 633).

Como bem exposto por GRECO FILHO, uma prova obtida ilicitamente, mas que levaria a absolvição de um inocente, deveria ser considerada, pois condenar um

²⁴ STJ, 5ª Turma – HC 285.201/MT – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – DJ 10/09/2015

²⁵ STJ – 6ª Turma – HC 307.152/GO – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz – DJ:15/12/2015)

inocente seria a mais abominável das violências e não pode ser admitido, ainda que sacrifique algum preceito legal (LOPES JR., 2022, p.461).

De lado oposto, segundo Barbosa Moreira, a aplicação do princípio da proporcionalidade também autoriza a utilização da prova ilícita em favor da sociedade (*pro societate*), como, por exemplo, nas hipóteses de criminalidade organizada, quando está é superior às Polícias e ao Ministério Público, para estabelecer isonomia, a igualdade substancial na persecução penal.

Todavia, apesar da opinião de respeitados autores, a leitura da jurisprudência do STF não autoriza à tese da admissibilidade das provas ilícitas *pro societate*, prevalece o entendimento de que se o direito à prova prevalecer sobre as liberdades públicas, criaria um perigoso precedente em detrimento da preservação de direitos e garantias individuais: Isso significaria que não haveria mais limites para a admissão de provas, mesmo que fossem ilícitas, elas poderiam ser admitidas no processo em busca da verdade, grande repercussão pública e na luta contra o crime, anulando o que está estabelecido no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal (LIMA, 2022, p.615 -16).

De tal sorte, há respaldo na jurisprudência brasileira, somente em aplicar o princípio da proporcionalidade *pro reo*²⁶.

²⁶ STF – HC 74.678/DF – 1ª Turma - Rel. Min Moreira Alves

3. DESENTRANHAMENTO DA PROVA E DO JULGADO

3.1 Inutilização da prova ilícita

Com o advento da lei nº 11.690/08, passou a constar expressamente no artigo 157, §3º, do Código de Processo Penal, o desentranhamento da prova declarada inadmissível, até então, a Constituição Federal só previa a sua inadmissibilidade processual (CF, art. 5º, LVI), assim, ela não poderia ingressar no processo. Conclui-se na leitura do dispositivo ora mencionado, que deve haver uma decisão determinando a inutilização da prova ilícita.

O referido dispositivo não traz especificações sobre o momento processual em que o juiz deve examinar a legalidade da prova. Para a doutrina é plausível que a análise ocorra o mais cedo possível, especialmente para evitar que essa prova possa contaminar outras. Naturalmente, se uma prova ilícita for produzida durante o inquérito policial, é possível solicitar seu desentranhamento desde já (LIMA, 2022, p.611).

Renato Brasileiro de Lima (2022, p.611) explica que, não por outra razão, quando o Ministério Público apresentar a denúncia e esta for aceita, a constatação da ilegalidade da prova deve ocorrer imediatamente na resposta à acusação e juiz deve se manifestar sobre a ilegalidade com fundamento no artigo 399 do Código de Processo Penal.

Nos casos de a prova ser apresentada em audiência, deve o juiz se manifestar imediatamente quanto à legalidade, afastando sua valoração de eventual sentença condenatória.

A inutilização da prova é temporária, isso porque, ela permanece preservada na secretaria judicial para eventual retorno ao processo. A destruição permanente só ocorre quando preclusa a decisão que reconheceu a ilicitude da prova.

Vejamos então o recurso cabível a depender do momento de valoração da prova:

- Antes da audiência uma de instrução e julgamento: o recurso cabível será o recurso em sentido estrito, conforme disposto no art. 581, XIII, do CPP. Caso não seja reconhecida a ilicitude da prova, é possível impetração de *habeas corpus* por parte da defesa, ou mandado de

segurança em favor da acusação. Ambos os casos, a matéria poderá ser novamente impugnada em preliminar de futura apelação;

- Durante a audiência una de instrução e julgamento: Após proferida a sentença, o recurso cabível será o de apelação.

Cabe esboçar, que a sentença transitada em julgado que tiver se baseado em prova ilícita, ensina a doutrina que tal decisão será nula e poderá ser desconstituída pelo recurso da revisão criminal. Nessa vereda, se tratando de *habeas corpus*, o tribunal deverá anular a sentença, indicando as provas viciadas e determinando seu desentranhamento (LIMA, 2022, p.611-12).

Por fim, art. 157, §3º, do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de as partes acompanhar o incidente de destruição das provas.

3.2 Inutilização da prova ilícita no Tribunal do Júri

No Tribunal do júri, a prova ilícita ganha especial importância em virtude do fato de os jurados não poderem fundamentar seu voto, devido ao sigilo imposto pela constituição (CF, art.5, XXXVIII, “b”), sendo assim, não há como saber qual foi o grau de influência que a prova ilícita exerceu sobre o jurado.

Nesta proposta, se a prova ilegal for produzida durante a primeira fase do procedimento do júri, o juiz deve imediatamente, ao pronunciar o acusado, ordenar a retirada da prova ilegal, não a considerando em sua decisão. No entanto, se a prova ilegal permanecer no processo ou for introduzida após a pronúncia, e o julgamento pelo júri ocorrer, o Tribunal deverá, em um recurso de apelação ou *habeas corpus*, reconhecer a ilegalidade da prova e, como resultado, determinar a anulação do julgamento, pois será impossível avaliar o impacto da prova ilegal sobre os jurados (LIMA, 2022, p.613).

3.3 Desentranhamento do juiz

O art. 157, §4º foi vetado, e o intuito era evitar que o magistrado que tivesse tomado conhecimento da prova ilícita viesse a julgar o caso, pois não teria a isenção e imparcialidade necessária. Para uma parte da doutrina o veto foi correto, pois para eles o dispositivo traria sérios problemas a administração da justiça. Como José Paulo Baltazar Jr. exemplifica, caso aprovado a regra, seria de perguntar quem deveria julgar o feito nos casos em que a prova tida por ilícita fosse amplamente divulgada nos meios de comunicação ou remetida, por cópia, a todos os membros de uma turma ou tribunal (NUCCI, 2008, p.240).

Nessa vereda, o veto sustentou que “o objetivo primordial da reforma processual penal é imprimir celeridade e simplicidade ao processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro com 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”.

Ocorre que, a Lei nº 13.964/2019 (pacote anticrime) inseriu o § 5º, no art. 157 do CPP com a mesma redação, e para alguns doutrinadores, como Aury Lopes Jr. (2022, p.470) esse dispositivo representa uma grande evolução no tratamento das provas ilícitas. Isso porque, segundo o autor, o juiz sofre uma contaminação (psicológica), muitas vezes inconsciente, e por isso contaminaria o julgado.

De outro turno, para o doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2022, p.613) o dispositivo é objeto de críticas sob dois argumentos:

- a) Princípio da legalidade (CF, art.5º, II): Uma das premissas desse princípio é que as leis sejam editadas com precisão, sem flutuações e com previsibilidade, gerando assim, segurança jurídica. De tal arte, normas vagas e abstratas põem em risco a segurança jurídica e o princípio da legalidade. Justamente por essa razão, indaga se tal conceito abrange o conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível, ou se apenas o contato do juiz com a prova ilícita já acarretaria seu desentranhamento, ou também, se o magistrado ainda poderia proferir decisões interlocutórias e presidir a instrução, ou ficará impedido de imediato?

b) Princípio do juiz natural (CF, art., 5º. Incisos XXXVII e LIII): entende que cada cidadão tem de conhecer, antecipadamente, a autoridade que irá processar e julgá-lo caso venha a praticar uma conduta definida como infração penal pelo ordenamento jurídico. Juiz natural é aquele constituído antes do fato delituoso a ser julgado, mediante regras taxativas de competência estabelecidas pela lei. Como observa Antônio Scarence Fernandes, esse princípio se desdobra em três regra de proteção:

- I. Só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela constituição;
- II. Ninguém pode ser julgado por órgão constituído após o fato;
- III. Entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

Questiona a doutrina, diante dessa última regra, como conciliar a concepção de estabelecimento de competência com base em critérios transparentes e objetivos, quando o parágrafo 5º do artigo 157 do Código de Processo Penal passa a permitir a exclusão do juiz competente em caso de seu envolvimento com uma prova declarada inadmissível?

Esse cenário se torna ainda mais complexo diante da possibilidade de que tal prova tenha sido elaborada astutamente pelas próprias partes, seja a acusação ou a defesa, com a intenção de afastar do processo o juiz que possa ser inconveniente aos seus interesses. Se isso fosse viável, permitiríamos que uma das partes, unilateralmente, conseguisse a sua própria remoção do processo, o que resultaria em uma manipulação discricionária do juiz competente para julgar um determinado caso.

Isso, sem dúvida, violaria não apenas o dever de agir com boa-fé no processo, que deve guiar a conduta de todos os envolvidos no devido processo legal, mas também arruinaria o princípio do juiz natural (LIMA, 2022, p.614).

Na ADIn nº 6.298/DF (15/01/2019), o Min. Dias Toffoli concedeu parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do art. 157, §5º, do Código de Processo Penal, incluído pela lei n. 13.964/19. A decisão acabou sendo mantida pelo Min. Luiz Fux (ADI 6.299 MC/DF, j. 22/01/2020), o fundamento esboçado foi que a norma é extremamente vaga, gerando inúmeras dúvidas e poderia resultar na criação de

situações em que a produção de prova eventualmente nula sirva interferência na definição do juiz natural.

Portanto, não vigora no nosso sistema a descontaminação do julgado, vetada pelo Presidente da República, que considerou inconveniente a regra que tornaria impedido de julgar o feito do magistrado que tivesse contato com a prova declarada inadmissível e no mesmo sentido o STF suspendeu sua eficácia.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada foi desenvolvida através de construções jurisprudenciais da Suprema Corte Americana, e prevê, em regra, que o veneno da árvore se transmite para seus frutos, ou seja, a prova ilícitamente obtida contamina suas derivadas, que, por conseguinte, também serão consideradas ilícitas.

A Suprema Corte acolheu algumas exceções à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, afim de evitar que a aplicação indiscriminada da regra excludente impeça a função de justiça de encontrar a verdade. Algumas delas foram recepcionadas posteriormente pelo nosso ordenamento, são conhecidas como: Teoria da Fonte Independente, Teoria da descoberta inevitável, Teoria da tinta diluída, Teoria do risco e teoria da boa-fé. Soma-se ainda, a teoria da serendipidade que, no seu cerne também trata do devido uso das provas no processo penal.

Partindo da premissa que as provas são elemento basilar em todo processo, pois forjam o convencimento do juiz, a teoria dos frutos da árvore envenenada foi introduzida no nosso ordenamento corretamente, elevando o senso de justiça e trazendo mais respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Apesar do avanço trazido com a lei nº 11.690/08, é notório que o sistema processual penal pátrio, necessita de ajustes e avanços. Como citado anteriormente, o legislador ao importar o fruto da árvore envenenada, também importou suas exceções, trazendo diversos meios para contornar a inadmissibilidade da prova derivada da ilícita, com um dispositivo alvo de críticas.

Destarte, o tratamento a (in) admissibilidade das provas ilícitas derivadas, necessitam ser tratadas com mais rigor, com regras claras de exclusão, sem normas vagas e abstratas, sem subjetividade, sem margem para flexibilização e decisionismo, de tal modo que garanta não só segurança no processo penal, mas também qualidade jurídica.

Nesse diapasão, é oportuno trazer à colocação feita por Luís Roberto Barroso e a Ana Paula de Barcelos, escrito em 1998, mas que ainda se revela importante nos dias de hoje: “O entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da carta constitucional, é em todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País. [...] embora a ideia de proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se considerar os antecedentes do

País, onde as exceções viram regra desde a sua criação. A vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, enveredar flexibilizações arriscadas²⁷.

Em verdade, não se trata de uma inadmissibilidade absoluta, até porque, o direito como um todo, passa por evolução constante, e precisa se reinventar, adaptar-se aos novos meios de provas, obtenção de prova, ilícitos penais, as novas roupagens delitivas, etc.

Contudo, o direito penal e o direito processual penal como *ultima ratio*, que tutela direitos e garantias fundamentais, necessita de ferramentas claras, precisas e eficazes, sobretudo na validação dos elementos probatórios, não permitindo que o Estado, possuidor do poder punitivo, busque a verdade, usando de qualquer meio.

²⁷ Viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. Rio de Janeiro. 1998, P.162.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 10. ed. rev., atual e ampl São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022. Livro. ISBN 9786526009987.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula. **Viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas**. Rio de Janeiro, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Lei Nº11.690, de junho de 2008. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm#:~:text=NR\)-,%E2%80%9CArt.,a%20normas%20constitucionais%20ou%20legais](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm#:~:text=NR)-,%E2%80%9CArt.,a%20normas%20constitucionais%20ou%20legais). Acesso em: 11 mar. 2023.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Direito Penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed. Campinas: Russel Editores, 2007.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol. 1. 2 Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. Livro. ISBN 9788576266105.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. **Manual de Processo Penal. Volume Único.**: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559647385. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647385/>. Acesso em: 01 ago. 2023.

ROXIN, Claus. **Direcho procesal penal**. Editores Del Puerto: Buenos Aires, 2003.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do processo penal**. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar de. **Curso de direito processual penal**. – 13 ed. Rev. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.