



ESTUDO DA ILICITUDE PROBATÓRIA POR DERIVAÇÃO: TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA E SEUS IMPACTOS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO ¹¹

Keila Gomes da Silva ²²

Cláudia Elaine Costa de Oliveira ³³

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo estudar a ilicitude probatória por derivação ou também nomeada teoria dos frutos da árvore envenenada e seus impactos no sistema processual brasileiro. Neste sentido será feita uma análise histórica da garantia constante no do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, tomando-a como consequência do devido processo legal e princípios que possuem como objetivo garantir a licitude do procedimento, bem como o direito de liberdade do homem. A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica em livros, sites, artigos, etc. Sendo abordado o estudo da prova ilícita por derivação e do encontro eventual de provas, das quais o aproveitamento é debatido sob o ponto de vista da aplicação da teoria da proporcionalidade. Ademais, de acordo com os resultados obtidos por meio desta pesquisa podem-se analisar os princípios básicos da prova, os meios para sua produção e a fase do procedimento onde as partes devem manifestar-se e debater sobre sua insuficiência, as quais permitiram alcançar o entendimento de que a prova ilícita via de regra, não pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal de 1988. Frutos da árvore envenenada. Processo Penal. Provas Ilícitas.

ABSTRACT: The present work aims to study the evidential illegality by derivation or also named theory of the fruits of the poisoned tree and its impacts on the Brazilian procedural system. In this sense, a historical analysis of the guarantee contained in article 5 of the Federal Constitution from 1988, will be made, taking it as a consequence of due legal process and principles that aim to guarantee the legality of the procedure, as well as the right to freedom of man. The methodology used was bibliographic research in books, websites, articles, etc. The study of illicit evidence by derivation and the eventual encounter of evidence is addressed, the use of which is debated from the point of view of applying the theory of

¹¹ Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara/FAJ, como parte obrigatória para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

²² Graduando do Curso de Direito da Faculdade de Jussara. E-mail. keyllatjgo@gmail.com

³³ Professora Orientadora do Trabalho de Conclusão de Curso. Graduada em Direito pela Faculdade de Educação e Ciências Humanas de Anicuns – FECHA/GO, Mestre em Desenvolvimento Regional e Ambiental pela UNIALFA/GO, Doutoranda em Ciências Ambientais pela UNIEVANGÉLICA/GO, Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade de Jussara – FAJ. E- mail: direito@unifaj.edu.br.

proportionality. Furthermore, according to the results obtained through this research, it is possible to analyze the basic principles of the proof, the means for its production and the stage of the procedure where the parties must manifest themselves and debate about its insufficiency, which allowed reaching the understanding that illegal evidence, as a rule, cannot be applied in the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Federal Constitution of 1988. Fruits of the poisoned tree. Criminal procedure. Illicit evidence.

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consagraram-se de modo prioritário os princípios fundamentais em seus artigos 1º ao 4º, princípios estes que embasam os direitos e garantias fundamentais, disposto no artigo 5º da CRFB/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. Constantemente há a produção de provas em processos penais, no qual devem ser observadas as garantias e os limites previstos na Constituição Federal de 1988 e também no Código de Processo Penal para validá-las. Nos processos em geral, são inseridas provas obtidas por meio ilícitos, muitas vezes a partir de tais provas são descobertos outros elementos probatórios, que são capazes de contribuir diretamente no desfecho das questões que estão em análise.

Com este trabalho, pretende-se refletir quanto à teoria dos frutos da árvore envenenada, com a finalidade de acrescer os estudos sobre as questões relacionadas à admissibilidade de provas ilícitas por derivação. Pretende-se efetuar o devido estudo do tratamento direto da matéria, no plano normativo, tendo como base de pesquisa e estudos o artigo 157 do Código de Processo Penal. Importante ressaltar as provas produzidas no processo penal, além de demandar origem lícita, está relacionado aos princípios constitucionais, sobretudo conceituando o devido processo legal.

O interesse pelo tema decorre da preocupação em relação aos limites que são submetidos. É de extrema necessidade conhecer as normas que regulam a admissão dos elementos probatórios do processo. Nesse sentido, é de extrema importância à compreensão dos fundamentos que embasam as decisões quanto à admissibilidade das provas derivadas de outras provas ilícitas, ou seja, a teoria dos frutos da árvore envenenada e suas exceções. O artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, disserta sobre a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, disciplina o Código de Processo Penal e a edição da Lei n. 11.690, e a

alteração da redação do art. 157 do CPP, prevendo a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

A legislação brasileira tomou como base a doutrina e a jurisprudência norte-americana, as quais estavam à frente na abordagem do tema. Diante de tais fatos, surgem várias indagações: “Podemos desconsiderar as provas obtidas de forma ilícita, bem como as que têm derivação de provas obtidas ilicitamente”? A resposta discorda da norma legislativa, porque, havendo a possibilidade de tais provas contribuírem com a defesa do réu, a mesma pode ser utilizada conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, neste sentido, aplica-se o princípio do “in dubio pro reo”.

Por outro lado, tem-se a teoria dos furtos da árvore envenenada, pelo qual excluem as provas ilícitas por derivação, neste sentido o objetivo é verificar as condições de inadmissibilidade das provas derivadas ilícitas no processo penal, verificando as origens da teoria dos fruit of the poisonous tree theory norte-americana e sua aplicação no direito pátrio.

Deste modo, as normas constitucionais, dispostas como direitos fundamentais, possuem base nos direitos constituidores de um patamar ético para a sociedade, onde uma norma infraconstitucional que não se submete a esse escopo ético basilar seria uma norma maculada com a inconstitucionalidade, possuindo como resultado sua invalidade decretada, sendo expurgada do sistema jurídico.

Assim, o presente trabalho pretende estudar a temática de provas ilícitas e sua inadmissibilidade no ordenamento jurídico, versando sobre a ilicitude por derivação e abordando a teoria dos frutos da árvore envenenada com suas mitigações no ordenamento jurídico brasileiro. O tema da ilicitude por derivação é abordado com frequência pela doutrina nacional de modo sucinto, todavia somente como acessório à temática da prova ilícita.

Deste modo, sendo de suma importância a abordagem do tema pelo fato de ser um assunto constantemente pautado em discussões no Congresso Nacional. Nesse sentido, faz-se necessário discorrer sobre a sua definição, sua aplicabilidade e sua legitimidade/ilegitimidade como prova processual.

2 DESENVOLVIMENTO DO ARTIGO

De acordo Marques et al (2018) no Brasil, a referência expressa às provas ilícitas segundo derivação surgiu no ordenamento em meados de 2008 com a lei nº 11.690/08, sendo responsável por uma mudança no Código Processual Penal Brasileiro. Todavia, antes de tal previsão, a Constituição Brasileira no artigo 5º, inciso LVI, assegurava a proibição da

utilização de provas ilícitas no processo. A diferença entre a previsão contida na constituição e a previsão constante na reforma é, no texto constitucional, trata-se de provas ilícitas em geral, enquanto o Código de Processo Penal dispõe que as provas ilícitas por derivação são expressamente mencionadas.

Segundo o entendimento de Nicola Framarino Dei Malatesta:

A prova pode ser considerada sob um duplo aspecto: quanto à sua natureza e produção e efeito que produz no espírito daqueles perante o qual é produzida. [...] Como as faculdades perceptivas são a fonte subjetiva da certeza, as provas são o modo de apreciação da fonte objetiva, que é a verdade. A prova é, portanto, deste ângulo, o meio objetivo com que a verdade atinge o espírito; e o espírito pode, relativamente a um objeto, chegar por meio das provas tanto à simples credibilidade, como à probabilidade e certeza; existirão, assim, provas de credibilidade, de probabilidade e de certeza. A prova, portanto, em geral, é a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza.

Para Marques et al (2018) foram nas primeiras décadas da vigência da nossa Constituição, o judiciário brasileiro, a despeito que a previsão constitucional, possibilitou a utilização das provas obtidas ilicitamente no processo, fossem elas propriamente ilícitas ou ilícitas por derivação. Este entendimento era relacionado a busca pela verdade real, sendo resquícios do sistema inquisitório que pairava sobre o nosso judiciário e pelo princípio da ponderação o qual, na época, se interpretava de maneira a que o interesse da sociedade prevalecesse sobre o indivíduo.

Ainda seguindo referidos autores foram nas primeiras décadas do século XX que surgiu no direito americano as Exclusionary rules. Os juristas brasileiros, inspirados pelas normas americanas decidiram aplicá-las no Brasil, ao afastar a utilização de provas ilícitas no processo. Todavia, Lima (2016) cita que o Supremo Tribunal Federal interpretou a criação americana de modo que, por não constar expressamente no texto constitucional, as provas ilícitas por derivação fossem capazes de ser reconhecidas no processo. Essa posição foi liderada pelo Min. Moreira Alves, pelo qual o constituinte se referiu às provas ilícitas em si mesmas. Assim, por não constar expressamente no texto constitucional, as provas ilícitas por derivação poderiam ser admitidas no processo.

Enquanto para Melo (2010) em momento anterior à promulgação da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, cita que existiam duas correntes acerca da possibilidade de produção das provas admitas por meios ilícitos e não havendo qualquer regulamentação expressa sobre o tema.

De acordo com o autor a primeira corrente partia da tese que a possibilidade de produção de tais provas, uma vez que deveria se atingir a finalidade do processo e o fato de ter sido produzida ilicitamente traria repercussões próprias, recebendo sanções no ordenamento jurídico.

Apesar da ausência de regulamentação expressa, já havia aqueles que defendiam a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, os quais se dividiam. Uma parte inadmitia a utilização de tal prova somente quando a sua obtenção ofendesse à Constituição Federal, já que ali havia proteção a liberdades públicas. Outros entendiam inadmissível qualquer prova cuja obtenção violasse o ordenamento jurídico.

Existia ainda um terceiro posicionamento, mencionado por Grinover (1982), desenvolvido por uma terceira escola, em 1980, com estudos desenvolvidos nos Estados Unidos e na Alemanha, o qual defendia a inadmissibilidade de tais provas, porém admitindo mitigações com base no princípio da razoabilidade (MELO, Fernanda Cristina. 2010, p. 5).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, efetuou-se expressa previsão de vedação a admissibilidade do instituto das provas em questão. Não obstante a vedação, os entendimentos defendidos permaneceram e apenas se adequaram ao novo ordenamento jurídico. (MELO, 2010).

De acordo com Marques et al (2018) em 1996, o Supremo manifestou-se novamente sobre o assunto, ao julgar um habeas corpus sobre uma interceptação telefônica ilegal cuja informação angariada resultou em prova para prender o acusado. Nesse julgamento, o tribunal mudou sua posição, os votos foram no sentido de poder se admitir as provas ilícitas por derivação, a decisão possuiu como base a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, conforme disposto:

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que, sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição, não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido (MARQUES, et al. 2018, p. 4).

Para os autores, após consolidou-se o entendimento que apenas as provas obtidas por meios ilícitos e as que delas derivam devam ser desentranhadas do processo.

Igualmente, as provas ilícitas por derivação, são aquelas que, apesar de lícitas, advêm de provas ilícitas. Tal conceito surge com a teoria dos frutos da árvore envenenada. De acordo

com a teoria em questão, e utilizando-se da analogia, as provas ilícitas são frutos podres, se delas vierem outros frutos estes também estarão contaminados, deste modo, também as provas ilícitas por derivação não são admissíveis no processo (MARQUES, et al, 2018). Segundo o tema, dispõe Magalhães Filho:

É impossível negar a priori a contaminação da prova secundária pela ilicitude inicial, não somente por um critério de causalidade, mas principalmente em razão da finalidade com que são estabelecidas as proibições em análise. De nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz- nessa matéria importa ressaltar o elemento profilático, evitando-se condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à própria administração correta e leal da justiça pena (GOMES FILHO, 2008, p. 267).

Segundo referidos autores, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada/venenosa/Fruits of the poisoned tree surgiu do direito norte-americano, estabelecendo que uma analogia entre as provas produzidas para um processo judicial e os frutos de uma árvore. De acordo com tal entendimento as provas ilícitas são frutos podres o qual, se admitidas no processo, ocasionariam o mesmo efeito de uma fruta podre, colocada em conjunto aos frutos sadios, contaminando as demais provas. Assim, para evitar a contaminação, a teoria veda, em regra, a admissão em quaisquer processos da prova derivada que foi obtida por meios ilícitos.

Pacelli (2018) cita que a teoria dos frutos da árvore envenenada, possui origem na jurisprudência norte-americana, sendo uma simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Enquanto Lima (2016) dispõe que distintamente do ordenamento jurídico brasileiro, no ordenamento americano inexistente norma expressa a respeito da admissibilidade de provas ilícitas. Todavia, a tese da inadmissibilidade destas pode ser encontrada em autos julgados em meados do século XIX, possuindo como justificativa a amplitude das exclusionary rules na Constituição Americana na tutela dos direitos fundamentais.

Para o autor no âmbito do Direito Processual Penal há divergência, desde sua origem, em dois valores: a busca da verdade real dos fatos ocorridos, onde o juiz tenha a possibilidade de condenar ou absolver na justa medida, e a base dos direitos mínimos do indivíduo que impede o conhecimento dessa verdade real a qualquer custo.

O conteúdo normativo que se extrai do enunciado redacional constitucional supra é de uma clareza solar. Ou seja, os interlocutores da persecução criminal não podem fazer uso de um conteúdo probatório formatado aos auspícios de regras e princípios constitucionais e legais. E caso haja a produção de provas, a burla desses limites à atuação estatal, deve-se

declarar a invalidade das mesmas, sendo elas expurgadas do processo, não podendo corroborar na formatação da decisão judicial (NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. 2015, p. 4).

Marques et al (2018) dispõem que em momento algum, durante a redação da Constituição Federal de 1988, é elencada alguma prescrição normativa excepcionando o conteúdo do art. 5º, LVI da Constituição: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Assim, não poderia o legislador infraconstitucional, simplesmente, excepcioná-la.

Essa categoria de provas ilícitas, a denominação “teoria dos frutos da árvore envenenada” foi reconhecida pela jurisprudência norte-americana, pela Suprema Corte norte-americana (fruits of the poisonous tree) -, segundo o qual o vício da planta se transmite a todos os frutos, que determina a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação. A afirmação de tal teoria se dá através do fato de que a partir de uma prova ilícita, as demais irão se contaminar com esta, equiparando-se com os frutos de uma árvore, apodrecendo a árvore, não há a possibilidade de seus frutos permanecerem íntegros. A partir de uma decisão proferida no caso *Siverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, as cortes americanas passaram a não admitir qualquer prova, ainda que lícita em si mesma, oriunda de práticas ilegais. Neste contexto, há um esclarecimento quando a licitude das provas obtidas por fonte independente. Em outras palavras, conhecida como a teoria da fonte independente, tratando-se também de uma teoria norte-americana (CAPEZ, 2010, p. 347).

Há uma limitação na teoria do furto da árvore envenenada. Contudo, foi o que se aconteceu com as disposições formuladas dos parágrafos do art. 157 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.690/08, um dos dispositivos legislativos, de um conjunto, o qual é responsável pelo chamado processo de reforma tópica do Código de Processo Penal Brasileiro (NELSON, 2015).

Neste sentido, dispõe a redação do art. 157 do Código de Processo Penal:

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.
§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.
§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.
§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.
§ 4º (VETADO)”.

Deste modo, para o autor o enunciado da redação do caput segue sendo a reiteração, na esfera legal, da vedação constitucional da utilização das provas ilícitas, enquanto no § 1º, tem a confirmação, pelo legislador, da adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree), no ordenamento jurídico brasileiro.

Para Farias (2017) as provas podem ser lícitas ou ilícitas. Estas vêm da obtenção de fatos ou alegações probatórias que não condiz com as normas positivadas ou princípios gerais do ordenamento pátrio, sejam processuais ou materiais se classificando em duas "espécies": ilícitas ou ilegítimas.

Aduz Lopes Jr. (2018) que a diferença é relevante para considerar que as provas ilícitas não há a possibilidade de repetição, assim o vício se entrelaça ao momento em que foi conseguida, deste modo, não sendo possível a repetição, devem as provas ilícitas ser desentranhadas do processo e destruídas. De outro turno, as provas ilegítimas, em que o vício está na seara processual (ingresso ou produção), existindo a possibilidade de repetição do ato.

De acordo com Capez (2010), as provas ilícitas são uma violação ao direito material e ocorrem no instante de sua obtenção, bem ainda as provas ilegítimas, as quais por sua vez, infringem normas de direito processual, a violação ocorrendo no momento em que são introduzidas ao processo.

Dispõe o Art. 5º, LVI da CF/88 que é explícita ao asseverar a inadmissibilidade de provas colhidas de modo ilícito no processo. "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos."

Segundo Queiroz (2019) no caso de prova ilícita, o ato processual de produção da prova é nulo e gravemente punido, uma vez que a lei comina uma dupla punição: a exclusão do processo e a não utilização da prova. Enquanto o ato processual que colhe a prova lícita de modo irregular terá como sanção a nulidade do ato, que poderá ser renovado.

Contudo segundo o entendimento de Lopes Jr. (2018) caso a prova ilícita tiver o atributo de comprovar a inocência do indivíduo, poderá ser admitida nos autos, pelo fato que se trata da proporcionalidade pro reo, o qual concerne no esclarecimento entre o direito de liberdade de uma pessoa acusada de um delito que irá predominar sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova.

Os meios de prova são os meios pelo qual se oferece ao juiz uma forma de conhecimento do caso, para obter a construção do crime, cujos resultados podem ser utilizados diretamente na decisão. O juiz poderá apenas condenar o réu se as provas forem produzidas em contraditório, ou seja, com a necessária refutação delas por parte da defesa, conforme o artigo 155 do Código de Processo Penal:

“Art. 155: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

Nesse sentido, convém salientar que os meios de prova são compreendidos, contudo o quanto possa servir, direta ou indiretamente, para demonstrar a verdade que está sendo buscada no respectivo processo. São exemplos de meios de prova: a prova testemunhal, os documentos, as perícias, entre outros.

Para Gonçallo (2014) a teoria dos frutos envenenados (fruits of poisonous tree), a árvore dos frutos envenenados, ou prova ilícita por derivação, após extensa aprovação jurisprudencial existente entre os Tribunais. Denota-se que obteve maior espaço com a edição da Lei 11.690/08, que trouxe alterações no Código de Processo Penal.

A aludida lei mudou diversos dispositivos sobre a Prova no Código de Processo Penal e resolveu positivar no seu Art. 157, § 1º, a teoria da árvore dos frutos envenenados, com a não admissibilidade da prova ilícita por derivação (GONÇALLO, 2014).

Advinda da Suprema Corte Americana com a denominação Fruits of the Poisonus Tree na década de 1920, esse instituto dispõe uma lógica jurídica que foi construída a partir de uma inspiração bíblica (Evangelho de São Mateus, 7, 15-20). No Brasil, essa teoria foi adotada pelo Plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal em 1996 e foi inserida ao Código de Processo Penal (Art. 157,ss 1º) através da Lei n. 11.690/08 (FARIAS, 2017).

A doutrina tenta exaustivamente esclarecer os pontos obscuros (ou omissos) lançados pelo legislador ordinário federal, porém o que logra é suscitar mais contrariedades e discussões sem chegar a consenso acerca do tema exposto. Algumas teorias subsidiárias foram elaboradas no intuito de mitigar os entendimentos conflitantes. Aqui, destaca-se a Teoria da Fonte Independente, adotada pelo STF desde 2004, cujo embasamento normativo reside no parágrafo segundo do artigo 157 do CPP em período posterior à Reforma Processual de 2008. Esse preceito, contudo, é visto como ápice das controvérsias porque, embora esteja previsto na lei, confunde-se com a Teoria da Descoberta Inevitável (FARIAS, Thieser. 2005).

Segundo Oliveira (2011) a teoria da fonte independente tem como base a ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal, a fonte da prova independente é somente a prova não relacionada com os fatos que criaram a produção da prova contaminada.

De acordo com Parnow (2016) existem três correntes que discorre sobre as formas diferentes de provas ilícitas e ilegítimas processuais, bem ainda doutrinadores e defensores discorrem que a prova obtida por meios ilícitos, não poderia ser retirada dos autos, a não ser no caso de a própria lei assim o ordenar.

Cita o autor que essa corrente dispõe que o problema da admissibilidade ou inadmissibilidade da prova não dá em virtude de como foi colhida, pois nem todas as provas advindas das ilícitas são inadmissíveis, conforme dispõe o artigo 157, § 1º, do CPP, são admitidas, ainda que emanadas das ilícitas, as provas em relação às quais não haja nexo de causalidade com a prova ilícita, bem como aquelas que sejam provenientes de fonte independente.

Existe também uma corrente minoritária chamada corrente da prova ilícita pro reo. A prova que venha a ser obtida por meios ilícitos, em matéria penal, quando favorável ao acusado, ou seja, pro reo, vem, sistematicamente, sendo acolhida junto aos doutrinadores, em obediência ao direito de defesa. Nessas hipóteses o sujeito quando se encontrar em circunstância de verdadeiro estado de necessidade, (causa de exclusão da antijuridicidade) torna-se compelido ao uso de prova ilícita em defesa da sua liberdade (PARNOW, Lais Figueiro. 2016).

De outro turno, segundo Parnow (2016) existe a teoria da proporcionalidade onde a prova colhida com desrespeito aos direitos fundamentais do homem é totalmente inconstitucional e, por consequência, deve ser declarada a sua ineficácia como substrato probatório capaz de determinar uma decisão judicial. Contudo existe uma exceção quando a vedação é colhida para acolher a prova contaminada, de forma excepcional e em casos extremos, se a sua aquisição puder ser aplicada como a única forma, possível e admissível, para o acolhimento de outros valores fundamentais, considerados mais urgentes na aplicação do caso em concreto.

É válido salientar que no sistema processual brasileiro essa teoria é aplicada, com reservas, pela jurisprudência, estando mais evidente em matéria processual civil, sobretudo nas causas de direito de família (PARNOW, 2016).

De acordo com Serejo (2010) o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilegal detém previsão expressa na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inc. LVI, e obteve regulamentação da Lei reformadora do Código Processual Penal brasileiro, que modificou o seu artigo 157.

Ainda segundo o autor, quanto ao conceito de fixação de parâmetros legais, a nova redação dada ao art. 157, caput, do CPP diz serem ilícitas as provas obtidas com violação a

normas constitucionais ou legais. Todavia, essa violação não se opera a todo e qualquer tipo de norma ou princípio constitucional, e sim apenas naqueles casos em que não houver respeito a normas ou princípios de direito material relacionados com a proteção das liberdades públicas.

Para Luiz Flávio Gomes “o que é decisivo para se descobrir se uma prova é ilícita ou ilegítima é o locus da sua obtenção: dentro ou fora do processo. De qualquer maneira, combinando-se o que diz a CF, art. 5º, inc. LVI (“São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos) com o que ficou assentado no novo art. 157 do CPP (“ilícitas são as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”), se vê que umas e outras (ilícitas ou ilegítimas) passaram a ter um mesmo e único regramento jurídico: são inadmissíveis” (cf. PACHECO, Denílson Feitoza, Direito processual penal, 3. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 812).

De acordo com Politanski (2013) a inserção do § 1º, no art. 157, foi a primeira manifestação de forma positivada no ordenamento jurídico a respeito da não admissibilidade de provas ilícitas por derivação, posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, que se refere à teoria criada pela Suprema Corte norte-americana, denominada *fruit of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada), possuindo como defeito da árvore se transmite a seus frutos, deste modo sendo a prova obtida ilicitamente, as que dela decorrerem e guardarem nexos de causalidade também serão prejudicadas.

O próprio dispositivo mencionado faz a alusão aos casos em que não há a necessária ligação de causa e efeito entre a prova ilícita e a derivada ou quando esta puder ser conseguida por uma fonte independente das primeiras (SEREJO, 2010).

Ainda segundo referido autor o disposto no § 3º, segundo LFG, tem por objetivo sepultar, de vez, qualquer possibilidade de consulta a tal prova (ilícita). Se ela foi classificada como ilícita, assim declarada por decisão judicial transitada em julgado, não há que se debater sobre sua manutenção no processo. Evitando-se assim, que a parte interessada se sinta tentada a utilizá-la, sendo benéfico seu desentranhamento e posterior inutilização.

Para Queiroz (2019) a prova ilícita corrompe a prova originária e contamina toda e qualquer prova que dela deriva direta ou indiretamente, produzindo uma reação em cadeia que corrompe tudo que dela resultar (CPP, art. 157, §1º2). Deste modo uma confissão obtida através de tortura atinge tudo que for produzido a partir dela, ainda que feito legalmente, como são os casos de interceptação telefônica, busca e apreensão, confissões espontâneas etc. Sendo aplicada a teoria dos frutos da árvore envenenada, originariamente adotada no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, de 1920. O nome frutos da árvore envenenada

(fruit of the poisonous tree) só surgiu, porém, no voto do juiz Felix Frankfurter, no caso *Nardone v. United States*, de 1939.

A prova ilícita não atinge, contudo, a prova independente, que não tem relação com ela, já que obtida ou passível de ser obtida por meios lícitos e autônomos. A contaminação da prova pressupõe, por conseguinte, que haja nexos causal entre a prova ilícita e a prova derivada. Logo, quando for colhida ou puder ser ainda colhida com base em fonte independente, sem relação com a prova ilícita, não haverá nexos causal nem contaminação da prova e, pois, será lícita. Se, por exemplo, o Ministério Público e a polícia conduzem duas investigações independentes e sigilosas sem compartilharem informações, a eventual colheita de prova ilícita por um deles não contaminará a investigação legítima do outro.

A questão crucial é saber, no caso concreto, se há ou não nexos causal, se a prova é ou não independente, se houve ou não contaminação da prova (QUEIROZ, Paulo. 2019).

Segundo dispõe o art. 157, §2º, do CPP, é considerada fonte independente aquela que apenas, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, é capaz de conduzir ao fato objeto da prova. Sendo possível a aplicação analógica do art. 13, segunda parte, do CP, a qual aplica a causa à ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (teoria da *conditio sine qua non*).

De acordo com Queiroz (2019) o Código de Processo Penal determina o desentranhamento da prova ilegal dos autos do processo, bem como a sua inutilização, adotando-se assim a regra da exclusão da prova ilícita (*exclusionary rule*). Ademais, o art. 157, §1º, do CPP dispõe que é ilícita a prova dela derivada, a menos que não evidenciado o nexos de causalidade entre uma e outra, ou quando as derivadas puderem ser conseguidas por fonte independente das primeiras.

O autor cita que com o efeito de definir o conceito de fonte independente (§2º), o Código parece tolerar a exceção da descoberta inevitável, “§ 2º: Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Existem precedentes do STJ no sentido de que a exceção da descoberta inevitável foi introduzida no CPP com a reforma de 2008, ora acolhendo, ora rejeitando a alegação.

A prova ilícita, por não ser passível de valoração, deverá ser desentranhada dos autos, a fim de evitar, inclusive, que induza o juiz a decidir com base nela, embora sem citá-la expressamente (QUEIROZ, Paulo. 2019)”.

Outrossim, segundo o autor o art. 157, §3º, do CPP, determina, ainda, que, preclusa a decisão de desentranhamento da prova será declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Neste sentido Queiroz (2019) cita que a não utilização ou destruição da prova nem sempre poderá ou deverá ocorrer, visto que a prova ilícita que for inutilizada poderá constituir prova de crime o qual poderá ser investigado e processado, bem ainda o objeto da prova ilícita pode pertencer a alguém, a quem deve ser compensado e a prova, embora ilícita, será capaz de ser utilizada para inocentar a quem necessite, podendo, deste modo, ser utilizada.

Neste sentido, apesar do que fora disposto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal tem admitido provas ilícitas pelo princípio do “in dubio pro reo” (a favor do réu), este tipo de prova será admitida sempre que invocar defesa indispensável ao acusado, não sendo possível produzir elementos incriminadores (LIMA, 2019).

Neste sentido, pode-se concluir que a prova no processo penal tem como principal objetivo esclarecer os fatos para que se possa formar um juízo de valor a fim de se convencer o magistrado e trazer subsídios para a absolvição ou condenação do acusado. Deste modo, denota-se que a inadmissibilidade das provas ilícitas está tipificada no art. 5º, LVI, da CF/88 e o art. 157 do CPP, o qual dispõe que a prova que for produzida não obedecendo as regras constitucionais ou legais devem ser retiradas do processo, sendo absolutas estas garantias.

Todavia, apesar de anteriormente não ser admissível à utilização provas ilícita no ordenamento jurídico brasileiro. Ao decorrer dos anos, o Supremo Tribunal Federal se deparou com diversos casos nos quais havia provas ilícitas, havendo muitas vezes a necessidade de votação quanto à sentença a ser prolatada. Neste sentido houve o surgimento da aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada no Brasil, sendo aplicada para favorecer o réu.

Assim, baseando-se na doutrina e jurisprudência trazida neste estudo, percebe-se que a regra constitucional é pela inadmissibilidade do uso das provas ilícitas. Desta forma, sendo a produção e utilização de tais provas, proibidas no processo penal brasileiro. Contudo sendo permitido seu uso em casos apartados, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Anteriormente não era admissível de forma alguma, a utilização de provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro. Havendo a utilização de provas ilícitas, o autor responderia pela prática ilícita cometida, conforme previsto em Lei.

Ao decorrer dos anos, o Supremo Tribunal Federal se deparou com diversos processos no qual havia provas ilícitas. Assim, o STF, muitas vezes fez-se necessário utilizar de votações quanto a sentenças a serem prolatadas. Neste sentido, surgiu a aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada no Brasil, conforme demonstra a transcrição do HC 69.912-0-RS:

[...] Não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada, nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750,24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente. Planário. Julgamento em 16.12.93. Deferido o pedido, por maioria. Supremo Tribunal Federal.

Apesar do que fora demonstrado no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal tem admitido tais provas ilícitas no princípio do “in dubio pro reo” (a favor do réu), este tipo de prova será admitido sempre que invocar defesa indispensável ao acusado, não podendo produzir elementos incriminadores.

3 CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto pode-se entender que a argumentação proposta neste artigo dispôs que o processo penal, antes de ser um meio para a condenação do acusado, passou a ser uma forma de garantia ao cidadão em face da investida do Estado. O conceito de prova tem uma grande relevância para o Processo Penal Brasileiro, pois, age diretamente para a formação do livre convencimento do magistrado sobre a ação penal, que pode ser notada em casos que o magistrado proferiu uma sentença absolutória por não ter provas, ou, proferiu uma sentença condenatória e por falhas pode ocorrer a condenação de uma pessoa, inocente que poderá ter sua liberdade cerceada.

Deste modo, os processos judiciais passaram a obedecer a uma série de princípios e subprincípios do ordenamento jurídico, estando à frente a vedação explícita das provas obtidas de forma ilícita, devendo de este modo ser retiradas do processo no qual originou a tentativa mal sucedida de ingresso.

A prova no Processo Penal tem o objetivo de esclarecer os fatos para que se possa convencer o magistrado e trazer subsídios para a absolvição ou condenação. Quem acusa cabe provar o fato alegado, na ação penal o acusador é o Ministério Público, representado o Estado, cabendo a este provar a culpa de uma pessoa e por consequência esta deve provar o que se alegou dentro do processo. Temos inúmeras provas que podem ser conduzidos para dentro do processo como, as provas testemunhais, os documentos fornecidos, análise feita por peritos, etc. Porém, temos limites para o princípio da liberdade para provar, do contraditória e ampla defesa e a busca da verdade real, são direitos e garantias que assistem as partes.

A principal limitação é a inadmissibilidade das provas ilícitas que está tipificada no artigo 5º, LVI, da CF/88 e o artigo 157 do CPP, que diz que a prova que for produzida não obedecendo as regras constitucionais ou legais tem que ser colocadas para fora do processo, sendo absolutas estas garantias. É uma regra absolutamente proibida, colocando assim um escudo nos cidadãos que possam sofrer abusos cometidos pelo Estado. Ocorrendo extremas necessidades, em alguns dos casos, os magistrados seguindo as orientações do STF, tem aplicado a teoria da proporcionalidade com o intuito de minimizar a rígida regra constitucional, e como já foi dito, em casos excepcionais, admitir que se usem provas viciadas para o benefício do réu.

Outrossim, a Lei nº. 11.690/2008 citou em seu dispositivo referente à disciplina no Código de Processo Penal, mudando o caput do art. 157 e acrescentando parágrafos consolidando o entendimento da doutrina e jurisprudência frente ao tema das provas obtidas de modo ilícito.

Tem-se, portanto, a ampla observação do devido processo legal, uma vez que é possibilitado a realização de um processo ágil, simples e seguro, não deixando de serem observadas as garantias asseguradas ao indivíduo que se vê frente a um processo penal que lhe move o Estado.

Assim, o Supremo Tribunal Federal tem por objetivo proibir o uso da prova ilícita no processo penal mesmo que indiretamente e principalmente guardar o mandamento de norma constitucional. Sendo correto o entendimento do Superior Tribunal Federal, ao repudiar esta teoria que poderia dar amparo legal para os agentes do Estado a pratica de ilicitudes para a obtenção de provas ilícitas. Verificando a doutrina e jurisprudência trazida neste estudo, chega-se à conclusão que a regra constitucional é pela inadmissibilidade do uso das provas ilícitas. Sendo então a produção e utilização de tais provas, proibidas no processo penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 11.690/08, de 9 de junho de 2008, que altera os dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em: 12.jul. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16.jul.2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12.jul. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 1998.

CARVALHO, Stefani De. **Provas ilegais no processo penal: quais são e suas consequências: subtítulo do artigo.** JUSBRASIL: subtítulo da revista, Santa Catarina, v. 1, n. 1, p. 1-4, dez./2005. Disponível em: <https://stefanidecarvalho.jusbrasil.com.br/artigos/646351890/provas-ilegais-no-processo-penal-quais-sao-e-suas-consequencias>. Acesso em: 18 out. 2021.

FARIAS, Thieser. **Das provas ilegais: distinções conceituais, transmissão da ilicitude e sua (in)admissibilidade no processo:** subtítulo do artigo. JUS.COM: subtítulo da revista, Santa Maria, v. 1, n. 1, p. 1-6, dez./2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59184/das-provas-ilegais-distincoes-conceituais-transmissao-da-ilicitude-e-sua-in-admissibilidade-no-processo>. Acesso em: 22 nov 2021.

GOMES FILHO, A.M.(2008). **Provas Lei 11.690, de 09.06.2008.** In: Moura, Maria T.R.S.(Coord). As reformas no Processo Penal: As novas leis de 2008 e os Projetos de Reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio (Org.). **A prova no processo penal: comentários à Lei n. 11.690/08.** São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei n.º 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade.** Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11466> Acesso em: 13. mai. 2009.

GONÇALLO, Eduardo. **Teoria da árvore dos frutos envenenados:** subtítulo do artigo. JUS.COM: subtítulo da revista, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1-5, dez./2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35179/teoria-da-arvore-dos-frutos-envenenados>. Acesso em: 16 fev. 2020.

LIMA, R. B..(2016). **Legislação criminal especial comentada.** Volume único, 4. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: JusPODIVM, 2016. 976p.

LIMA, FDS. **Uma teoria do fruto da árvore envenenada (“frutos da árvore dos venenos”): A admissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro.** Jus Navigandi, MOGI DAS CRUZES, v. 1, n. 1, p. 1-5, fev. 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** São Paulo : Saraiva Educação, 2018.
MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Tradução de Waleska Gbiotto Silverberg. São Paulo: Conan, 1995. v.1. p. 374.

MELO, Fernanda Cristina Ferreira. **O INSTITUTO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO BRASILEIRO.** Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. ed. 01, vol. 01, p. 1-32. Rio de Janeiro.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **DA INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA LEI Nº 11.690/08 – REFORMA DAS PROVAS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 16. Julho a dezembro de 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. ISSN 1982-7636. pp. 580-604. <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>.

Pacelli, E.(2018). **Curso de processo penal.** Ed. 22. São Paulo: Altas.

SEREJO, Stephano Pereira. **Provas ilícitas e o devido processo legal: Uma análise a partir da Lei nº. 11.690/2008:** subtítulo do artigo. Âmbito Jurídico: subtítulo da revista, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1-7, dez./2005. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-79/provas-ilicitas-e-o-devido-processo-legal-uma-analise-a-partir-da-lei-n-11-690-2008/>. Acesso em: 17 fev. 2020.