

A UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: REFLEXÕES À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Ana Luísa Bitencourt Bruxel¹

Carlos Eduardo Sehn²

Rogério César Soehn³

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 3 CONCEITO E IMPORTÂNCIA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL. 3.1 PROVAS ILÍCITAS: CLASSIFICAÇÃO. 3.2 DISTINÇÃO ENTRE PROVA ILÍCITA E ILEGÍTIMA. 3.3 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA: CONCEITO E ORIGEM. 3.4 TEORIAS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA. 4 PRINCIPAIS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS E DOUTRINÁRIAS RELACIONADAS AO TEMA.

Resumo: O presente artigo tem o intuito de analisar a utilização da prova ilícita no devido processo legal, suas teorias e também o viés dos tribunais acerca desse tema. Deste modo, serão analisados e debatidos o devido processo legal no ordenamento jurídico, os principais conceitos e a importância das provas no processo penal, provas ilícitas e ilegítimas abordando sua distinção, a teoria do fruto da árvore envenenada, teorias que admitem as provas ilícitas e, por fim, as principais decisões dos tribunais de acordo com o tema. O presente trabalho dar-se-á a partir de pesquisas bibliográficas e artigos científicos com informações jurídicas relevantes.

Palavras-chave: Prova Ilícita. Admissibilidade da Prova Ilícita. Princípio da Proporcionalidade. Devido Processo Legal. Processo Penal.

INTRODUÇÃO

O devido processo legal é um princípio fundamental no sistema jurídico que busca assegurar que todas as partes envolvidas em um processo sejam tratadas de forma justa e equitativa. No entanto, a questão da admissibilidade de provas no contexto do devido processo legal é uma área de constante debate e complexidade. Nesse viés, o processo penal é uma área do direito onde a garantia do devido processo legal desempenha um papel central na proteção dos direitos dos acusados e na busca da verdade. Sendo assim, a análise das provas e seu impacto no processo

¹ Acadêmica do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário FAI – UCEFF Itapiranga. E-mail: anabbruxel@hotmail.com.

² Acadêmico do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário FAI – UCEFF Itapiranga. E-mail: sehncarlos@gmail.com.

³ Especialista em Segurança Pública pela PUC/RS. Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Professor e Coordenador do Curso de Direito da UCEFF – Centro Universitário FAI de Itapiranga/SC. Policial Civil em Santa Catarina. E-mail: rogerio@uceff.edu.br.

penal são cruciais para entender como o sistema legal equilibra a persecução criminal com a preservação dos princípios de justiça e equidade.

Este artigo visa explorar essa complexidade, examinando a utilização de provas ilícitas e lícitas no âmbito do devido processo legal. A análise abrangerá não apenas a natureza das provas, mas também as implicações éticas, legais e práticas de sua admissibilidade, destacando a necessidade de equilibrar a busca da verdade com a proteção dos direitos individuais. Este tema é de suma importância para a preservação dos princípios de justiça e equidade em qualquer sistema jurídico e sua compreensão aprofundada é crucial para a evolução contínua da justiça.

Desse modo, busca-se analisar a utilização de provas ilícitas no processo penal brasileiro, por meio de análise doutrinária, jurisprudencial e legislativa acerca dos princípios que norteiam o direito. Portanto, este artigo estabelece uma base sólida para a exploração mais aprofundada da relação entre o devido processo legal e o processo penal, destacando a importância de um sistema legal equitativo e eficaz.

2 DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O devido processo legal advém do termo em inglês “*due process of law*”, o qual deriva da Constituição Americana e está previsto expressamente na Constituição Federal Brasileira, em seu art. 5º, inciso LIV, que diz: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁴.

Ainda assim, observa-se a distinção entre o devido processo legal substancial e processual, sendo o primeiro aquele que considera o direito material e requer que a legislação satisfaça os interesses públicos, ou seja, que as leis supram todo e qualquer anseio da sociedade a qual atendam. Em contrapartida, o devido processo legal processual é aquele aplicado em sentido estrito, que abrange tanto o processo judicial quanto o administrativo, sendo aquele que assegura às partes seus direitos no âmbito do processo.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Dessa forma, o devido processo legal consiste naquele que assegura a todos o direito de um processo com todas as formas previstas em lei e todas as garantias constitucionais. Conforme Moraes, a garantia do devido processo legal é expresso na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV, o qual versa sobre a indispensável proteção aos direitos fundamentais, trazendo uma dupla proteção ao indivíduo.⁵

Nesse sentido, o devido processo legal assume uma amplitude considerável quando se trata das garantias no processo. Quando se trata do devido processo legal, tem-se: direito ao contraditório e ampla defesa, direito ao juiz natural, direito de não ser processado e condenado com base em prova ilícita, e ainda, direito de não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela lei.⁶ Sendo assim, analisa-se a importância do devido processo legal para um andamento correto e eficaz no ordenamento jurídico e para quem o aplica.

3 CONCEITO E IMPORTÂNCIA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Partindo do pressuposto que a prova é um elemento essencial para o andamento e posterior finalização do processo, tem-se, de acordo com Capez, que prova vem do latim *probatio*, que significa ser o conjunto de atos praticados pelas partes com o objetivo de levar ao magistrado a convicção da existência ou inexistência, falsidade ou veracidade, de um fato criminoso ou afirmação. Sendo assim, as provas tratam-se de todos os meios empregados que tenham a finalidade de comprovar a autenticidade de uma alegação.⁷ Nesse mesmo viés, outros autores trazem conceitos desse termo, tratando de que a prova objetiva trazer a verdade dos fatos e apresentar a materialidade do ato.

A luz do que traz o ordenamento, tem-se o que versa o art. 155 do Código de Processo Penal:

⁵ MORAES, Alexandre de. **O devido processo legal e a vedação às provas ilícitas**. Consultor Jurídico, 2014.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreria; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 604.

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 30. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 225.

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.⁸

Além disso, conforme Renato Marcão, a finalidade da prova é apresentar e demonstrar que algo aconteceu, ou não, tendo por objetivo influenciar na convicção do magistrado a respeito da existência ou inexistência de um fato ou alegação que ele julgue relevante para ser levado a julgamento.⁹ Dessa forma, compreende-se que a prova tem por principal objetivo apresentar a materialidade e veracidade de um fato, até gerar dúvida a quem julgar para que se proceda a causa.

Sendo assim, vale ressaltar que o objeto da prova também merece seu devido destaque, visto que sem ele não há como proceder a mesma. Dessa forma, para Paulo Rangel, o objeto da prova é a coisa, fato ou acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, para que ele analise e emita um juízo de valor. Apresenta-se como a verdade dos fatos imputados ao réu com todas as circunstâncias. Ainda assim, para o mesmo autor, no processo penal, os fatos questionáveis ou não, precisam ser provados, destacando os princípios da verdade processual e do devido processo legal.¹⁰

3.1 PROVAS ILÍCITAS: CLASSIFICAÇÃO

Como visto anteriormente, as provas são o conjunto de evidências utilizadas para apresentar a materialidade de um fato. Partindo desse pressuposto, o artigo 157 do Código de Processo Penal versa sobre o conceito da prova ilícita, a qual é o tema da discussão do presente compêndio. O mesmo diz: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”¹¹

Sendo assim, tem-se por provas ilícitas aquelas que ofendem o direito material, ou seja, são obtidas pela violação de domicílio, violação do sigilo das comunicações

⁸ BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.**

⁹ MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal.** 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 492.

¹⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹¹ BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.**

telefônicas, aquelas sem autorização judicial, e ainda as provas adquiridas por meio de tortura ou maus-tratos.¹²

Dessa forma, conforme mencionado, a prova ilícita abrange a irregularidade no direito material. Sendo assim, Fernando Capez aborda que a ilicitude material se apresenta através da emissão de um ato contrário ao que seria considerado a forma correta de conseguir um dado probatório pelo direito.¹³

Nesse sentido, compreende-se que em situações específicas as provas ilícitas são admitidas, entretanto, deve ser observado o seu teor e a forma como foi descoberta. Sendo assim, de início, cabe destacar as provas ilícitas por derivação, que sua natureza por si só é lícita, porém ela foi produzida ou descoberta por meio de outra prova ilegalmente obtida, a exemplo da confissão extorquida mediante tortura e da interceptação telefônica sem autorização judicial. Dessa forma, tais provas não poderão ser aceitas em virtude do seu vício de ilicitude na sua origem, visto que contamina todas as provas subsequentes.¹⁴

Retomando o artigo 157 do CPP, em seus parágrafos 1º e 2º, tem-se que:

§ 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.¹⁵

Ambos os parágrafos do artigo acima trazem possíveis cenários para se admitir a prova ilícita, sendo eles a limitação da fonte independente e a limitação da descoberta inevitável. A primeira significa que mesmo a prova sendo ilícita, caso ela seja obtida por outro meio, não ilícito, pode ser utilizada, ou seja, é preservada a denúncia que respalda na prova autônoma, independente da prova ilícita impugnada pela não observância de um procedimento legal. Já a segunda versa que a prova

¹² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 474.

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 30. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 225.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 30. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 228.

¹⁵ BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 30 set. 2023.

derivada da ilícita seria inevitavelmente encontrada de qualquer modo, sendo que o legislador considera como fonte independente a descoberta inevitável.¹⁶

3.2 DISTINÇÃO ENTRE PROVA ILÍCITA E ILEGÍTIMA

Com base no princípio da verdade processual, afirma-se que o que importa para o processo penal é a descoberta da verdade dos fatos, que concerne na demonstração processual do fato ocorrido, que enseja as devidas consequências jurídicas. Ademais, ressalta-se que nem tudo é válido para alcançar tal verdade.

Nesse viés, o princípio da liberdade das provas, que deriva do princípio da verdade processual, dispõe que as partes possuem liberdade para obtenção, apresentação e produção de provas, todavia, tal liberdade possui restrições.¹⁷

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc LVI, dispõe que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Ainda a Lei n. 11.690/2008 incluiu no Código de Processo Penal o seguinte tratamento para as provas ilícitas: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais legais”¹⁸.

Nesse contexto, destaca-se que a legislação não difere prova ilícita e ilegítima, logo, ao afirmar que provas ilícitas são aquelas que violem normas constitucionais ou legais, coloca ambas na mesma categoria. Tal disposição refere-se ao tratamento legal, todavia, a doutrina ainda dispõe acerca da prova ilegal, ilícita e ilegítima. Desse modo, entende-se que prova ilegal é o gênero, no qual as provas ilegítimas e ilícitas são espécies.¹⁹

Para Lopes, a prova ilícita, na visão doutrinária, pode ser conceituada como aquela que viola regra de direito constitucional ou material no ensejo de sua coleta, anterior ou simultaneamente ao processo, mas em todos os casos fora do processo.

¹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 30. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 233.

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Jusbrasil. 2009.

¹⁸ BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.

¹⁹ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo. SaraivaJur, 2023. p. 463.

Tal prova se produz por via de regra sempre que ocorre uma violação da intimidade, privacidade ou da dignidade.²⁰

A prova ilegítima, por sua vez, ocorre quando há uma violação de uma regra referente ao direito processual penal, no momento de sua produção em juízo, ou seja, durante o processo.

Sendo assim, não se pode confundir o conceito de prova ilícita e ilegítima, tendo em vista que a primeira viola regra do direito material e a segunda, por sua vez, infringe regra de direito processual. Ademais, outro fator de extrema relevância diz respeito quanto ao momento da ilegalidade. Acerca da prova ilícita, a violação encontra-se no momento da obtenção da prova, que antecede a fase processual. A prova ilegítima, por sua vez, acontece no momento processual, ou seja, no momento da produção da prova dentro do processo.

Logo, segundo Reis *et al.*, independentemente da espécie de prova ilegal, sua utilização sempre será vedada, sendo que o reconhecimento da ineficácia constitui um importante mecanismo para impedir abusos e arbitrariedades pelos órgãos encarregados da investigação.²¹

Por fim, conclui Moraes que:

A regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade da pessoa humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado.²²

3.3 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA: ORIGEM E CONCEITO

A Teoria da Árvore Envenenada manifesta-se no direito norte-americano, a qual estabelece que as provas produzidas por meio de uma descoberta obtida de modo ilícito tem por consequência a sua contaminação em razão dessa ilicitude.

Acerca da origem da teoria dos frutos da árvore envenenada, Cabral versa que:

²⁰ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo. SaraivaJur, 2023. p. 464.

²¹ REIS, A. C. A.; LENZA, P.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

²² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5ª edição, Ed. Atlas, 1999.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
XVI MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
21 de novembro de 2023

A Doutrina dos frutos da árvore envenenada "fruits of the poisonous tree" foi criada e aperfeiçoada pela Suprema Corte Norte-Americana a partir do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States* (1920), em que a empresa Silverthorne Lumber tentou sonegar o pagamento de tributos federais. No combate à fraude, agentes federais copiaram de forma irregular os livros fiscais da referida empresa. A questão chegou ao conhecimento da Suprema Corte e se questionou, em síntese, se as provas derivadas de atos ilegais poderiam ser admitidas em juízo. A Suprema Corte, ao analisar o caso *Silverthorne Lumber Co v. United States* (1920), formou o posicionamento no sentido de que, ao se permitir a utilização de evidências derivadas de atos ilegais, o Tribunal estaria encorajando os órgãos policiais a desrespeitar a Constituição norte-americana. Dessa forma, o Tribunal decidiu pela inadmissibilidade das provas derivadas de provas obtidas ilicitamente. Foi por volta da década de 1920 que surgiu a teoria norte-americana, que é denominada de fruits of the poisonous tree, ou seja, a teoria dos frutos da árvore envenenada. Essa teoria teve como nascedouro o caso *Silverthorne I & Co v. United States*, mas só veio a ser colocada em prática, em 1937, pelo Ministro Franckfurter, da Suprema Corte, por ocasião do julgamento do caso *Nardone v. United States*. No caso em análise, a Suprema Corte Norte-Americana considerou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base em uma informação obtida por meio de uma busca ilegal. Dessa forma, a acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca e apreensão.²³

Sendo assim, Pacelli conceitua a referida teoria como:

A teoria *the fruits of the poisonous tree*, ou teoria dos frutos da árvore envenenada, cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana, nada mais é que simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.²⁴

Desse modo, Dezem argumenta que tal teoria equivale a dizer que: "as provas ilícitas acabam por contaminar todas as demais provas que dela sejam consequências"²⁵.

A Constituição Federal de 1988 trata em seu art. 5º, LVI, acerca da inadmissibilidade da prova ilícita no processo, todavia, conforme Lopes, a mesma não fez uma distinção entre processo civil e penal. Com o advento da Lei nº 11.690/08 foi inserido o tratamento acerca da prova ilícita no Código de Processo Penal por meio do artigo 157.

²³ CABRAL, Bruno Fontenele. **A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2118, 19 abr. 2009.

²⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo, Atlas, 2011. p. 301.

²⁵ DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal**. São Paulo: Millenium, 2008. p. 134.

3.4 TEORIAS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

Acerca da admissibilidade da prova ilícita, em determinados casos, atentando a relevância do interesse público a ser tutelado, poderia admiti-la. A doutrina tem aceito o critério da proporcionalidade, segundo o qual a proibição acerca da utilização da prova ilícita não tem caráter absoluto, podendo ser aplicada em casos explícitos de confronto entre normas e princípios constitucionais.

Segundo Lopes, a admissibilidade em favor do princípio da proporcionalidade teria como intenção evitar resultados repugnantes e flagrantemente injustos. Também, considera que no Brasil, a mesma é adotada com cautela nas decisões de direito de família, tendo em vista que em matéria penal, são raras as decisões que adotam tal teoria.²⁶

Ainda, para Lopes: “O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor”²⁷.

Acerca do referido princípio, Reis *et al.* acrescenta que:

Nesses casos, ou seja, quando o princípio da vedação da prova ilícita revelar--se em confronto com outra norma de índole constitucional, há que se verificar qual dos bens jurídicos deve ser sacrificado em detrimento do outro, como por exemplo, ao optar--se pela prevalência do direito à liberdade do indivíduo na hipótese em que a única prova capaz de gerar a absolvição tenha sido obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Aqui deve prevalecer o princípio constitucional da ampla defesa em detrimento daquele que veda a utilização das provas ilícitas.²⁸

Outrossim versa sobre a admissibilidade das provas ilícitas a partir da proporcionalidade *Pro Reo*, segundo o qual impõe que a prova ilícita somente seria admitida e valorada se se revelasse a favor do réu. Para Lopes: “Trata-se da

²⁶ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo. SaraivaJur, 2023. p. 466.

²⁷ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo. SaraivaJur, 2023. p. 466.

²⁸ REIS, Alexandre Cebrian Araujo.; LENZA, Pedro; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

proporcionalidade *pro reo*, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova”²⁹.

Lopes exemplifica a situação, tendo no contexto em que o réu, injustamente acusado de crime que não cometeu, viola o direito à intimidade, imagem, inviolabilidade do domicílio, das comunicações, entre outros, a fim de obter provas que o inocentam. Para o autor, “Desnecessário argumentar que a condenação de um inocente fere de morte o valor ‘justiça’, pois o princípio supremo é o da proteção dos inocentes no processo penal”³⁰.

Luiz Alberto Thompson Lenz, ao analisar e abordar o estudo acerca do tema, sobrepõe a complexidade no qual o juiz se encontra:

[...] surge um dilema muito grande para o magistrado: ou valorizar a verdade, que foi demonstrada de forma inidônea – e, assim procedendo, negar o Direito, pois fundamentar uma decisão que, a priori, deveria ser sempre Justa com argumentos ou provas ilegítimas é, no mínimo, uma contradição, a qual cerceia a liberdade de defesa garantida pela Constituição Federal – ou, num segundo momento, não admitir uma prova, por ser ilegítima – e, assim procedendo, negar a verdade, pela presunção de que o que não está no processo não está no mundo jurídico, nem poderá ser apreciado. Nesse passo, negando-se a verdade, também se estaria negando o Direito o qual, fundamentalmente, procura defender a verdade e a justiça.³¹

Nesse viés, conclui-se que o uso incondicional ao ponto extremo das teorias citadas podem ocasionar injustiças inadmissíveis.

4 PRINCIPAIS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS E DOUTRINÁRIAS RELACIONADAS AO TEMA

No Brasil, a posição predominante pela jurisprudência adota a teoria dos frutos da árvore envenenada. Desse modo, pode se observar que o Supremo Tribunal Federal já adotava a teoria antes mesmo da reforma que acresceu o art. 157 ao

²⁹ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo. SaraivaJur, 2023. p. 468.

³⁰ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo. SaraivaJur, 2023. p. 468.

³¹ LENZ, Luiz Alberto Thompson Flores. **Os meios moralmente legítimos de prova**. Revista Informação Legislativa, Brasília, v. 25, n. 97. jan./mar. 1998.

Código de Processo Penal, como se denota na seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ('FRUITS OF THE POISONOUS TREE'): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. — Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. — A exclusão da prova originariamente ilícita — ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação — representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do due process of law e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. — A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos 'frutos da árvore envenenada') repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham--se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. — Revelam--se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por 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 cidadãos. — Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova — que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal —, tais dados probatórios revelar--se--ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.³²

Acerca da utilização das provas ilícitas, o Ministro Celso de Mello, do STF, no RE 251.445, abordou o tema da absoluta reprovação das mesmas, de modo que:

Assentadas tais premissas, devo reiterar, na linha de diversas decisões por mim proferidas no âmbito desta Corte Suprema, que ninguém pode ser denunciado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal — **RHC 90.376/RJ** — 2ª Turma — Rel. Min. Celso de Mello — DJe 18.05.2007.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
XVI MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
21 de novembro de 2023

emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado. Impõe-se registrar, até mesmo como fator de expressiva conquista dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República, por isso mesmo, tornou inadmissíveis, no processo, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.³³

Ainda, Lima Filho acerca da inadmissibilidade de provas ilícitas acrescenta que:

[...] sustenta essa corrente que toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos, deve ser de pronto rejeitada. A teoria obstativa pode ser entendida como aquela que considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, em qualquer caso, pouco importando a relevância do direito em debate [...] a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais altos e relevantes que possam se apresentar os fatos apurados.³⁴

Ademais, acerca da utilização de provas ilegais, vale conferir a decisão proferida pela 1ª Turma do STF, em recurso de *habeas corpus*, que dispõe:

A teoria, hoje dominante, da não admissão das provas colhidas com infringência às garantias constitucionais, tem sido atenuada por outra tendência, que adota o chamado critério da proporcionalidade (na Alemanha) ou da razoabilidade (nos Estados Unidos da América), pelo qual, em certos casos, pode-se admitir a prova obtida de forma ilícita, tendo em vista a relevância do interesse público a ser preservado e protegido.³⁵

Ainda, acerca do princípio da proporcionalidade, Morais aponta que:

[...] as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, devendo permitir-se sua utilização.³⁶

Dessa forma, observa-se o quão ampla é a discussão sobre o tema provas ilícitas. Ademais é possível compreender que este assunto, por vezes, é crucial no momento da decisão numa sentença.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** 251.445-GO. Relator: Ministro Celso de Mello. Primeira Turma. Informativo STF, n.º 75. DJE 03/08/2000. Brasil 2000.

³⁴ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Provas Ilícitas**. Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial. São Paulo, v. 14, n. 98, jul. 1998. p. 288, 296.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 70.814-5, j. 1.3.94, relator Min. Celso de Mello, RT 709/418, nov. 1994.

³⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 97.

5 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria dos frutos da árvore envenenada e, além disso, ao analisar os entendimentos doutrinários e jurisprudências, conclui-se que as provas ilícitas são inadmissíveis. Todavia, há uma grande discussão acerca do princípio da proporcionalidade, ao considerar admissível a prova ilícita *pro reo*.

Tendo em vista que legislação veda o uso de provas ilícitas no processo, tem-se a possibilidade do uso das mesmas em certas hipóteses, sendo elas a limitação da prova independente e a descoberta inevitável. Nesse sentido, essas modalidades são utilizadas para que a prova, mesmo sendo ilícita, seja utilizada no processo de forma legal. Além disso, apresentou-se várias decisões e discussões dos tribunais superiores de acordo com esse tema e verificou-se que em sua maioria há o repúdio do uso das provas ilícitas, porém, em casos excepcionais, tem-se a possibilidade da utilização das mesmas, seguindo os princípios e teorias abordados neste artigo.

Infere-se, portanto, que o presente trabalho buscou um melhor entendimento no que diz respeito ao conceito de provas ilícitas e os motivos pelos quais elas não podem ser utilizadas e as hipóteses que permitem seu uso. Dessa forma, compreendeu-se o repúdio por parte dos tribunais e ao mesmo tempo uma certa flexibilidade em determinadas ocasiões. Ao levar em consideração a necessidade de conciliar direitos em evidência de colisão, o princípio da proporcionalidade torna-se indispensável, se tornando um mecanismo de mediação de valores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 30 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 70.814-5**, j. 1.3.94, relator Min. Celso de Mello, RT 709/418, nov. 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 251.445-GO**. Relator: Ministro Celso de Mello. Primeira Turma. Informativo STF, nº 75. DJE 03/08/2000. Brasil 2000. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo197.htm>>. Acesso em 30 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal — **RHC 90.376/RJ** — 2ª Turma — Rel. Min. Celso de Mello — DJe 18.05.2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&classeNumeroIncidente=%22HC%2093050%22>. Acesso em: 30 set 2023.

CABRAL, Bruno Fontenele. **A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2118, 19 abr. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12658>. Acesso em: 30 set. 2023.

CAMPOS, Gilson Ferreira. **Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada**. UNIFENAS. 2017. Disponível em: <<https://revistas.unifenas.br/index.php/BIC/article/view/201>>. Acesso em: 30 set 2023.

CARVALHO, Amanda. **Teoria do Fruto da Árvore Envenenada**. Jusbrasil. 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/teoria-do-fruto-da-arvore-envenenada/327697991>>. Acesso em: 30 set 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 30. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

DALLARI, Adilson Abreu. **O princípio do devido processo legal e a garantia de cidadania**. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-04/interesse-publico-principio-devido-processo-legal-cidadania>>. Acesso em: 28 de setembro de 2023.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal**. São Paulo: Millenium, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Jusbrasil. 2009. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais/1972597#:~:text=Outra%20diferen%C3%A7a%20que%20n%C3%A3o%20pode,573%20do%20CPP>>. Acesso em: 30 set 2023.

LENZ, Luiz Alberto Thompson Flores. **Os meios moralmente legítimos de prova**. Revista Informação Legislativa, Brasília, v. 25, n. 97, jan./mar. 1998. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181762/000431321.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 30 set 2023.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Provas Ilícitas**. Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial. São Paulo, v. 14, n. 98, p. jul. 1998.

LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo. SaraivaJur, 2023

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5ª edição, Ed. Atlas, 1999.

_____, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____, Alexandre de. **O devido processo legal e a vedação às provas ilícitas**. Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-11/justica-comentada-devido-processo-legal-vedacao-provas-ilicitas>>. Acesso em: 28 de setembro de 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo, Atlas, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REIS, Alexandre Cebrian Araujo.; LENZA, Pedro; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

RIBEIRO, Luana Alves. **Devido Processo Legal**. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/devido-processo-legal/390797390#:~:text=Divide%2Dse%20o%20devido%20processo,duas%20esp%C3%A9cies%3A%20substantial%20e%20processual.>>. Acesso em: 05 de nov. 2023