

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Marcelo Meziara de Castro

A utilização de provas obtidas de forma ilícita no processo penal: uma análise à luz dos
princípios constitucionais

SÃO PAULO

2025

Marcelo Meziara de Castro

A utilização de provas obtidas de forma ilícita no processo penal: uma análise à luz dos princípios constitucionais

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado à Faculdade de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), como requisito para a obtenção do título de **Bacharel em Direito** sob a orientação do Prof. **Dr. Pedro Henrique Demercian**.

SÃO PAULO

2025

Marcelo Meziara de Castro

A utilização de provas obtidas de forma ilícita no processo penal: uma análise à luz dos
princípios constitucionais

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado à
Faculdade de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo (PUC/SP), como requisito para a obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Henrique Demercian

São Paulo, ____ de _____ de _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Pedro Henrique Demercian

“A justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontre, contra o errado.”

Theodore Roosevelt

AGRADECIMENTOS

De início, gostaria de agradecer à Pontifícia Universidade Católica por fornecer uma estrutura de ponta e profissionais extremamente competentes para que eu e meus colegas pudéssemos concluir nossa formação em uma universidade com enorme respeito do mercado de trabalho, tendo o orgulho de carregar o nome da Pontifícia em meu currículo.

Além disso, gostaria de fazer menção aos meus amigos, que fizeram companhia durante os quase 4 anos de estudos presenciais (dado o fato de que passamos por 18 meses de estudos à distância por conta da Pandemia da Covid-19), fazendo não só o papel da amizade como também, em muitos casos, o papel da família que, infelizmente esteve distante fisicamente. Agradeço também ao Professor Dr. Pedro Henrique Demercian que me auxiliou na seleção do tema do trabalho, nas abordagens dos tópicos e pontos aos quais deveria prestar mais atenção para garantir maior assertividade clareza ao trabalho.

Por fim, apesar da distância de aproximadamente 520 quilômetros, gostaria de agradecer imensamente a meus pais e meu irmão que conseguiram se fazer presentes em todos os momentos da faculdade, seja por meio de cobranças por resultado, incentivo a estudos, longas viagens para que pudéssemos ficar juntos mesmo nos poucos feriados e fins de semana disponíveis ou até pela comemoração de conquistas pessoais e profissionais, como a notícia de admissão no primeiro estágio jurídico e a aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, tão temida por mim e por eles. Ainda aproveito os agradecimentos deste trabalho para incentivar meu irmão na busca pela aprovação no curso de Medicina, estaremos todos juntos, torcendo para que este momento chegue o quanto antes!

RESUMO

A monografia se dedica ao estudo da admissibilidade das provas obtidas de forma ilícita no processo penal, tendo por base a ponderação a ser realizada por parte do julgador do caso, analisando suas especificidades e fazendo ponderação entre os princípios e direitos conflitantes em cada situação. Nesse sentido, buscou-se evidenciar a possibilidade de se admitir provas ilícitas no processo penal, a fim de garantir os direitos individuais do acusado à liberdade, prova e inocência, pautados nos princípios da Razoabilidade, Proporcionalidade, Contraditório e Ampla Defesa, em face de direitos individuais como o da intimidade e privacidade ou o dever de sanção estatal. Diante deste cenário, o trabalho teve por meta delimitar as hipóteses de cabimento das Teorias que permitem a adoção de provas ilícitas no processo penal, analisando ao final, casos concretos em que se aplicam.

Palavras-chaves: Prova ilícita. Admissibilidade. Processo Penal. Princípios Constitucionais. Conflito. Direitos Individuais.

ABSTRACT

The present paper is dedicated to the study of the admissibility of evidence obtained by illicit means in criminal proceedings, based on the necessary balancing to be conducted by the judge, who must consider the specific circumstances of each case and weigh the conflicting principles and rights involved. In this regard, the study seeks to highlight the possibility of admitting illicit evidence in criminal cases to safeguard the accused's individual rights to liberty, access to evidence, and the presumption of innocence, grounded on the principles of Reasonableness, Proportionality, Adversarial Proceedings, and Full Defense. These are considered in contrast with other fundamental rights, such as privacy and intimacy, or the State's duty to impose sanctions. The aim of this work is to define the admissibility criteria for the theories that allow the use of illicit evidence in criminal proceedings, concluding with an analysis of real cases in which such theories were applied.

Key words: Illicit evidence. Admissibility. Criminal procedure. Constitutional principles. Conflict. Individual rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DA PROVA	9
2.1	Conceito de prova no processo penal	9
2.2	Das provas ilícitas	11
2.2.1	Provas ilícitas x Provas ilegítimas	12
2.3	Da prova como direito fundamental	14
3	TEORIAS QUE ENVOLVEM A UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO	17
3.1	Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada	17
3.2	Teoria da Prova Ilícita por Derivação e suas exceções	19
3.2.1	Teoria do Nexo Causal Atenuado	19
3.2.2	Teoria da Descoberta Inevitável	21
3.2.3	Teoria da Fonte Independente	22
3.3	Teoria da Prova Ilícita <i>pro</i>	23
3.4	Teoria da Exceção do Erro Inócuo	24
4	ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM O TEMA	27
4.1	Da Razoabilidade e Proporcionalidade	27
4.2	Do Contraditório e Ampla Defesa	29
4.3	Do Devido Processo Legal	31
5	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: CASOS EM QUE A PROVA ILÍCITA FOI ADMITIDA	33
5.1	Análise do Agravo de Instrumento nº 5007158-57.2022.4.02.0000/ES-TRF2	33
5.2	Análise do Incidente de Suspeição nº 0042252-23.2020.8.26.0000-TJSP	36
5.3	Análise do Recurso em Sentido Estrito nº 0002940-87.2010.8.08.0001-TJES	38
6	CONCLUSÃO	42
	REFERÊNCIAS	43

1 INTRODUÇÃO

A prova ilícita e sua (in)admissibilidade no processo penal são constantes alvos de discussão da doutrina e jurisprudência brasileira. Diante disso, o presente Trabalho de Conclusão de Curso irá analisar a admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos à luz dos princípios constitucionais da Proporcionalidade e Razoabilidade; Contraditório e Ampla Defesa; e Devido Processo Legal.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina, claramente, em seu artigo 5º, LVI, a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, assim como o artigo 157 do Código de Processo Penal, que determina que estas provas sejam desentranhadas do processo, logo a admissibilidade destas provas, em teoria, iria de encontro ao ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que, conforme será demonstrado neste trabalho, a questão da admissibilidade das provas ilícitas deve ser submetida ao entendimento de que deve ser realizada ponderação entre direitos e princípios conflitantes para que o juiz possa decidir, de acordo com as especificidades de cada caso, sobre a admissibilidade ou não destas provas no processo. Assim, ficam em conflito o dever de sanção do Estado e o Princípio do Devido Processo Legal em face dos direitos individuais à liberdade, prova e inocência, além dos princípios da Proporcionalidade, Razoabilidade, Contraditório e Ampla Defesa que, diga-se de passagem, sobressaem ao princípio do Devido Processo Legal e dever sancionatório do Estado.

Isto posto, serão analisados conceitos da prova e distinção entre prova ilícita e prova ilegítima para que possam ser analisadas as teorias de admissibilidade da prova ilícita (Teorias da Prova Ilícita por Derivação, Teoria da Prova Ilícita *pro reo* e Teoria da Exceção do Erro Inócuo) e a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, que trata da inadmissibilidade das provas ilícitas. No fim, ainda serão destrinchados casos reais, nos quais observa-se os princípios e teorias citados.

2 DA PROVA

Inicialmente, é importante destacar que a compreensão da utilização de provas ilícitas no processo penal depende da noção do conceito de provas no ordenamento jurídico brasileiro, além da noção dos princípios constitucionais que regulam o tema e as teorias responsáveis por admitir excepcionalmente as provas obtidas de forma ilícita aos autos processuais sem que haja qualquer violação aos princípios constitucionais ou normas infraconstitucionais, como os presentes no Código de Processo Penal.

Em razão disso, o Capítulo I deste Trabalho de Conclusão de Curso será voltado à demonstração do conceito de provas e provas ilícitas, além de apresentar as situações mais comuns ao direito brasileiro em que estas provas aparecem. Futuramente serão abordadas as Teorias que versam sobre a admissão ou inadmissão das provas ilícitas no processo, finalizando com a análise constitucional da questão com base em entendimentos jurisprudenciais.

2.1 Conceito de prova no processo penal

A prova é utilizada pelas partes a fim de convencer o julgador. É o meio utilizado pelas partes processuais para que se possa atingir a tão visada busca pela verdade real dos fatos, sendo juntado pela parte as provas que lhe convenham e favoreçam, as quais sejam suficientes para o convencimento do magistrado responsável pelo julgamento do caso. Nesse sentido, os juristas Nestor Távora e Rosmar Antonni afirmam que “[...] a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio”¹.

Dessa forma, a prova é indispensável ao processo, visto que é o principal fator responsável pelo convencimento do juiz. Com isso, fica evidente que as provas devem seguir regras e não podem ser juntadas ao processo aleatoriamente, sendo este momento de juntada das provas, a fase instrutória do processo, em que estes documentos são atrelados ao processo e, a partir daí serão valorados pelo magistrado, que formará seu entendimento acerca do caso.

Como falado anteriormente, o magistrado possui o dever de valoração das provas, ou seja, a ele é atribuído o dever de dar valor às provas conforme as situações fáticas apresentadas no processo e a relevância das provas apresentadas para o trâmite do processo em pauta. Isso ocorre porque o ordenamento jurídico brasileiro acolheu o sistema do livre convencimento

¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015.

motivado, em que o magistrado é livre para formar seu convencimento, sendo exigido apenas a apresentação de fato e de direito por parte deste, conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) e o acórdão representativo que segue:²

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. AUTO INFRAACIONAL AMBIENTAL. MADEIRA. INCONSISTÊNCIA VOLUMÉTRICA. DOF. SANÇÃO PECUNIÁRIA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E LEGALIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. 1. O processo civil brasileiro adotou como sistema de valoração das provas o da persuasão racional, também chamado sistema do livre convencimento motivado, segundo o qual o magistrado é livre para formar seu convencimento, exigindo-se apenas que apresente os fundamentos de fato e de direito. Ademais, o Juiz é o destinatário da instrução probatória e o dirigente do processo, sendo de sua incumbência determinar as providências e as diligências imprescindíveis à instrução do processo, bem como decidir sobre os termos e os atos processuais, desde que não atue em contrariedade à disposição legal, poderes que lhes são garantidos pelos artigos 370 e 371 do CPC. [...]

Da análise do julgamento da Apelação Cível acima, junto ao entendimento consolidado pelo TJDF, fica evidente a adoção do sistema do livre convencimento motivado no processo civil brasileiro, a partir da leitura do artigo 371 do Código de Processo Civil (CPC)³, o qual afirma que o juiz deve apreciar a prova juntada aos autos e indicar as razões de seu convencimento. A adoção deste sistema perante o processo penal fica evidente a partir da leitura do artigo 155 do Código de Processo Penal⁴ (CPP), o qual determina que a convicção do juiz será formada pela livre apreciação das provas que passarem pelo Contraditório (princípio constitucional que será abordado nos capítulos que seguem), com exceção às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Como já ressaltado anteriormente, as provas não podem ser apresentadas nos autos de qualquer forma, sendo assim, as partes devem respeitar os princípios e normas do ordenamento jurídico brasileiro e, caso contrário, serão consideradas provas obtidas por meios ilícitos. Assim, as provas juntadas devem respeitar princípios como o do Devido Processo Legal, da Razoabilidade, Proporcionalidade, Contraditório e Ampla Defesa (serão todos abordados no Capítulo IV deste trabalho), além de respeitar direitos intrínsecos à Constituição Federal de

² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão 1406285, 07054497120208070018, Relator: FABRÍCIO FONTOURA BEZERRA, Sétima Turma Cível, data de julgamento: 16/3/2022, publicado no PJe: 4/4/2022.

³ Art. 371, CPC – O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

⁴ Art.155, CPP – 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.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

1988, como a privacidade e a intimidade. Diante disso, surge a discussão acerca do presente: as provas obtidas por meios ilícitos, conhecidas pura e simplesmente como Provas Ilícitas, que serão abordadas neste tema e conceituadas no capítulo em sequência, devem se admitidas no processo?

2.2 Das provas ilícitas

As provas ilícitas, como demonstrado no tópico ulterior, são as provas obtidas pela parte de forma ilícita, ou seja, sem observar os princípios constitucionais e morais ou direitos individuais garantidos constitucionalmente. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é responsável por implementar, como regra, a inadmissão das provas ilícitas aos processos⁵. O que se extrai da Constituição é um artigo exemplificativo, em que não se aponta exatamente o que seria um meio ilícito.

Diante disso, o conceito de meios ilícitos acaba por ser abstrato e, por isso, como falado anteriormente, são considerados os direitos individuais, normas e princípios instituídos pela Constituição, além de considerar a moral e os bons costumes na atribuição de licitude das provas no processo. A exemplo disso, pode-se citar o fato de que, qualquer prova produzida a partir de uma pessoa submetida a tortura, será considerada inválida, em acordo com o artigo 5º, III da Constituição Federal.

Assim, conclui-se que a Prova Ilícita consiste em provas produzidas a partir de um ato que violou normas constitucionais ou legais, ou seja, a Prova ilícita é a violação de normas de direito material e constitucional. Além disso, vale pontuar que, na maioria das vezes, a produção de uma prova ilícita gera crime, como se pode observar no exemplo dado acima.

No Código de Processo Penal, a Prova ilícita está tipificada no artigo 157, o qual impõe que:

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)

⁵ Art. 5º, LVI, CRFB/88.

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

Assim, como já demonstrado anteriormente, havendo uma situação de apresentação de prova ilícita no processo, conforme determinado pelo artigo 157 do Código de Processo Penal, a prova em epígrafe deve ser desentranhada do processo, porém existem hipóteses em que o desentranhamento da prova não acontece e, conseqüentemente, as provas ilícitas são admitidas no processo, o que será estudado no presente trabalho. Porém, antes de apresentar as hipóteses em que as provas ilícitas são admitidas no processo penal do Brasil, faz-se mister apresentar as diferenças entre a prova ilícita e a prova ilegítima.

2.2.1 Provas ilícitas x Provas ilegítimas

Ainda no que se refere às provas ilícitas, é importante destacar que estas fazem parte das chamadas provas ilegais, grupo este dividido nas provas ilícitas - já aqui conceituadas - e provas ilegítimas, às quais reserva-se o presente tópico.

Como já demonstrado anteriormente, as provas ilícitas são provas que violam normas legais ou constitucionais, violando diretamente o direito material e, conseqüentemente, são produzidas pelas partes fora do processo, sendo por exemplo, uma confissão oriunda de tortura. Ao contrário desta categoria de provas ilegais, a prova ilegítima ocorre quando há uma violação direta do processo, ou seja, a violação deve ocorrer dentro do processo penal.

Outro ponto a ser destacado é o fato de que a Prova ilícita deve ser desentranhada do processo, como determina expressamente o artigo 5º, LVI da Constituição da República Federativa do Brasil. Enquanto isso, a prova ilegítima não possui qualquer dispositivo constitucional que a regule e, além disso, havendo prova ilegítima no processo, ela será considerada nula. Sendo assim, a parte responsável pela produção da Prova Ilegítima poderá juntá-la novamente ao processo, desta vez sem qualquer vício processual que implique em sua invalidade.

Isto posto, considerando a ausência de artigo constitucional ou infraconstitucional que conceitue especificamente a prova ilegítima, há discussão acerca do tratamento ao qual deve ser submetida a prova ilegítima. Alguns doutrinadores defendem que as provas ilegítimas e ilícitas devem receber o mesmo tratamento, sendo desentranhadas do processo. Ocorre que, a corrente mais sólida do direito brasileiro admite a diferenciação destas provas, sendo a prova ilícita desentranhada e a prova ilegítima nula. A exemplo da prevalência da segunda doutrina, cita-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), formado em 2021, oportunidade

em que o Ministro Relator Schietti Cruz afirmou que as provas ilegítimas são nulas e as provas ilícitas devem ser desentranhadas do processo, conforme segue:

RECLAMAÇÃO. ACESSO A MENSAGENS ARMAZENADAS EM WHATSAPP. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. RECONHECIMENTO EM HABEAS CORPUS IMPETRADO NESTA CORTE. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. ABERTURA DE VISTA ÀS PARTES. NECESSIDADE. NOVAS DILIGÊNCIAS. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA E DE ACESSO ÀS MENSAGENS. DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. DESCUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO PROFERIDO POR ESTA CORTE. NÃO OCORRÊNCIA. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE. NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. EQUÍVOCO NO DISPOSITIVO DO RHC 89.385/SP. NULIDADE DO PROCESSO AB INITIO. RECONHECIMENTO.

1. Eventual determinação desta Corte para o desentranhamento, da sentença, de provas consideradas ilícitas, não impede que o Magistrado de primeiro grau determine, primeiro, o exame do alcance da decisão no caso examinado por ele, até para que o Parquet possa avaliar, após o descarte, a possibilidade de se manter a imputação formulada.

2. É uníssona a compreensão de que a busca pela verdade no processo penal encontra limitação nas regras de admissão, de produção e de valoração do material probatório, o qual servirá de suporte ao convencimento do julgador; afinal os fins colimados pelo processo são tão importantes quanto os meios que se utilizam para alcançar seus resultados.

3. A Constituição Federal considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito e a consequência dessa inadmissão é aquela prevista no art. 157 do CPP. Embora a redação desse dispositivo, operada pela reforma de 2008, não haja distinguido a natureza da norma violada, tal não significou a superação da separação feita pela doutrina (amplamente aceita pela jurisprudência) de que provas contrárias à lei material ou a direitos do investigado ou réu, derivados da Constituição da República, pertencem ao gênero das provas ilegais.

4. A prova ilícita, em sentido estrito, deve, então, ser associada, exclusivamente, às obtidas com violação de direitos fundamentais, materiais ou protetivos de liberdades públicas, e não àquelas obtidas com a vulneração de normas puramente processuais, ainda que estas possam ter algum subsídio constitucional.

5. Assim, as provas ilegais são ilegítimas quando infringirem normas de caráter procedimental ou de direito processual; e ilícitas quando violarem os princípios ou garantias constitucionais fundamentais ou as normas que versam sobre o direito material. E a consequência processual para a prova ilícita é a sua inadmissibilidade, a impedir o seu ingresso (ou exclusão) no processo, enquanto a prova ilegítima gera sua nulidade.

6. O acesso a mensagens do WhatsApp decorrente de busca pessoal e sem autorização judicial constitui violação de uma garantia fundamental e, portanto, sua utilização possui a natureza de prova ilícita, e não de prova meramente ilegítima.

[...] ⁶

Contribuindo com a comprovação de predominância da tese de nulidade das provas ilegítimas, é indispensável apresentar que Pietro Nuvolone, jurista italiano de notório conhecimento sobre o assunto, é um dos principais doutrinadores da corrente ⁷, afirmando que

⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Rcl 36734 / SP. Ministro Relator Schietti Cruz, 2/02/2021 - Rcl nº 36734 / SP (2018/0285479-8).

⁷ NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. Rivista Di Diritto Processuale, Anno xxi, nº 3, Padova, pp. 442-475.

a prova ilícita é derivada de violações materiais, devendo ser desentranhada do processo, enquanto a prova ilegítima é derivada de violações processuais e deve ser considerada nula no processo. Por fim, deve-se citar ainda, o artigo 573 do Código de Processo Penal, o qual possibilita a reapresentação de uma prova ilegítima que teve sua nulidade declarada, desde que sanada a violação originária.⁸

2.3 Da prova como direito fundamental

A prova, como já destacado anteriormente, é direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988, porém, como qualquer outro direito fundamental, existem limitações à sua utilização. Neste caso, com a violação das limitações, será considerada prova ilícita no processo penal. É importante destacar que a obtenção das provas não pode violar qualquer outro direito fundamental garantido pela Constituição Cidadã, estando sujeita ao desentranhamento do processo.

Neste sentido, destacam-se os direitos garantidos pelo artigo 5º Da CRFB/88, como o direito à privacidade (inciso X), intimidade (inciso X), inviolabilidade de correspondências (inciso XII) e muitos outros. Assim, este tópico será dedicado a analisar situações corriqueiras ao processo penal em que provas são desentranhadas dos autos por terem sido produzidas de forma ilícita.

A prova ilícita oriunda de invasão de domicílio, apesar de ser tema de conhecimento geral da sociedade, ainda ocorre de forma constante nos processos penais por todo o país. Esta violação consiste, basicamente, na invasão de domicílio sem a permissão do proprietário ou, em caso de ação policial, sem que haja mandado judicial ou fundada razão, que leve a uma situação de flagrante delito. Havendo invasão da propriedade por civil, sem que haja autorização do proprietário, qualquer prova encontrada na propriedade será considerada ilícita, tendo em vista a invasão de uma propriedade particular. Além disso, deve-se pontuar que a ação policial não impede a declaração de ilicitude de uma prova obtida através de uma invasão domiciliar, exceto em situação de flagrante delito ou mandado judicial devidamente expedido. A situação em tela ocupa, desde 2021, a sétima posição no ranking de motivos que levaram à

⁸ Art.573, CPC - Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende.

concessão de Habeas Corpus pelo Superior Tribunal de Justiça ⁹, segundo estudo realizado pelo advogado David Metzker.

Outro tema interessante à doutrina do Direito Processual Penal brasileiro é a prova ilícita oriunda de violação de correspondência. Como demonstrado neste tópico, o sigilo à correspondência é direito fundamental garantido pelo inciso XII, artigo 5º da CRFB/88¹⁰, sendo assim outro exemplo de limitação imposto à licitude das provas no ordenamento jurídico brasileiro. O tema, até agosto de 2020 era foco de discussão doutrinária e, em 17 de agosto de 2020 passou a ser entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de julgamento de Recurso Extraordinário¹¹. Neste recurso, o Ministro Relator Marco Aurélio votou no sentido de que a abertura de carta sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais é ilícita e, portanto, deve ser considerada prova ilícita e desentranhada do processo, garantindo assim o direito fundamental de inviolabilidade da correspondência presente na Constituição Federal.

Ainda, é importante destacar a prova ilícita obtida através de gravação ambiental clandestina. Neste caso, o princípio violado em eventual gravação ambiental sem autorização judicial ou conhecimento das demais partes envolvidas seria o direito fundamental à intimidade, assegurada pelo artigo 5º, inciso X da Constituição Federal¹². Havia certa discussão acerca da licitude de prova obtida por meio de gravação ambiental, até o julgamento de Recurso Extraordinário¹³ pelo Supremo Tribunal Federal, que gira em torno de gravação ambiental realizada por uma das partes da conversa, sem conhecimento das demais. Assim, o Ministro Relator Dias Toffoli apresentou em seu voto a ilicitude de “provas colhidas por meio de gravação ambiental clandestina, sem autorização judicial e com violação à intimidade dos interlocutores”, assim, foi confirmada a proteção à intimidade e privacidade por meio do impedimento de uso de prova colhida através de gravação sem prévia autorização dos demais partícipes.

⁹ VITAL, Danilo. “STJ anulou provas por invasão ilegal de domicílio 959 vezes em 2023”, 4 de janeiro de 2024 – Consultor Jurídico.

¹⁰ Art. 5º 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 igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996).

¹¹ RE 1.116.949, 17 de agosto de 2020. STJ. Relator Ministro Marco Aurélio.

¹² Art. 5º 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 igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹³ RE 1040515, 29 de abril de 2024. STJ. Ministro Relator Dias Toffoli.

Além dos exemplos fornecidos acima, existem inúmeras outras situações em que uma prova é obtida por meio ilícito, ao passo em que, o responsável pela produção da prova viola algum dos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, pode-se citar ainda, a prova ilícita oriunda de violação de sigilo bancário ou fiscal, tortura ou coação.

3 TEORIAS QUE ENVOLVEM A UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO

Apesar das provas ilícitas serem, geralmente, desentranhadas do processo – conforme indicado no artigo 157 do Código de Processo Penal e já demonstrado nos tópicos acima -, a doutrina brasileira busca aproveitar as provas ilícitas no processo, na medida em que não violem os princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, conferindo mais celeridade processual aos litígios brasileiros, sempre guiados pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A partir da discussão citada acima, surgiram inúmeras teorias acerca do desentranhamento ou aproveitamento de provas ilícitas no processo, sendo a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada a teoria mais falada entre os doutrinadores e principal responsável pelo desentranhamento de provas obtidas por meios ilícitos no processo penal. Por outro lado, existem várias teorias que buscam aproveitar estas provas, desde que realizada a ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos no caso.

Sendo assim, dentre as teorias que visam o uso de provas ilícitas no processo, devem ser destacadas as Teorias: (i) da Prova Ilícita por Derivação e suas exceções, dividida em Teoria do Nexo Causal Atenuado, Teoria da Descoberta Inevitável e Teoria da Fonte Independente; (ii) Teoria da Prova Ilícita pro reo; e (iii) Exceção do Erro, as quais serão pormenorizadas no tópico seguinte.

3.1 Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

A Teoria dos frutos da árvore envenenada é respaldada pelo Código de Processo Penal, por meio do parágrafo 1º, do artigo 157¹⁴, o qual determina a inadmissibilidade de provas derivadas de provas ilícitas, nas hipóteses em que houver nexos de causalidade entre ambas as provas, ou quando as provas derivadas não puderem ser obtidas de forma alheia à ilícita. Antes de adentrar o conceito desta teoria, deve-se destacar o fato de que a Teoria dos Frutos da Árvore

¹⁴ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) [...].

Envenenada é uma teoria aproveitada da Corte Americana e intitulada de “*The fruit of the poisonous tree*”¹⁵”

Inicialmente, é de suma importância destacar que a prova obtida por meio ilícito pode gerar novas provas que, obviamente devem ser consideradas ilícitas, caso comprovado o nexo causal. O que deve ser pontuado é o fato de que esta prova ilícita originária não torna o fato em si ilícito, mas sim as provas decorrentes dela, logo, o fato comprovado pela prova ilícita ainda pode ser comprovado por outros meios que não tenham sido obtidos de forma ilícita.

Como evidenciado no artigo destacado, para que a prova seja considerada fruto de uma “árvore envenenada”, deve haver evidente nexo causal entre a prova ilícita originária e a prova derivada dela. A jurisprudência brasileira entende que o nexo causal firmado entre prova originária e derivada deve ser “direto e imediato”, conforme julgamento do Superior Tribunal de Justiça¹⁶:

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 nexo causal entre a obtenção ilícita de uma prova primária e a aquisição da prova secundária.

[...]

¹⁵ U.S. Supreme Court; 251 U.S. 385 (1920); Silverthorne Lumber Co., Inc., et al. versus United States;

¹⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, APn 856/DF, Órgão especial da corte, Min. Nancy Andrighi, em 18.10.2017.

Conclui-se, do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que uma prova obtida de forma ilícita acaba por estender o efeito de ilicitude às provas oriundas direta e imediatamente dela. Ou seja, para que a prova derivada seja considerada ilícita, esta deve ser considerada consequência da inicial, obtida única e exclusivamente pelo surgimento desta.

Diante do exposto, quando uma prova for considerada ilícita e desentranhada do processo, a parte responsável por esta prova e o julgador do processo devem verificar se as provas originadas posteriormente foram ou não originadas exclusivamente por conta da prova desentranhada, a fim de que seja averiguada a licitude das provas secundárias. Além disso, para que uma prova seja considerada ilícita por derivação, deve-se observar se esta poderia ser constituída de forma independente, sendo produzida antes da prova primária ou de forma autônoma – sem qualquer ligação fática ou jurídica com a inicial.

Em razão das observações apontadas acima, pode-se concluir que a prova originada de prova ilícita deve ser, via de regra, desentranhada do processo e considerada ilícita por derivação, porém em caso de ausência de nexos causal entre as provas ou de possibilidade de constituição da prova secundária de forma autônoma, as provas derivadas podem ser aproveitadas no processo, conforme as exceções da Teoria da Prova Ilícita por Derivação, que será abordada em sequência.

3.2 Teoria da Prova Ilícita por Derivação e suas exceções

A Teoria da Prova Ilícita por Derivação (ou Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), como já demonstrado anteriormente, admite exceções em caso de ausência de nexos causal entre as provas ou possibilidade de constituição da prova de forma independente, ensejando situações como a Teoria do Nexos Causal Atenuado, a Teoria da Descoberta Inevitável e a Teoria da Fonte Independente.

3.2.1 Teoria do Nexos Causal Atenuado

A Teoria do Nexos Causal Atenuado, assim, como a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, está listada no Código de Processo Penal, no artigo 157, § 1º, situação na qual o legislador afirma que a prova será considerada ilícita por derivação apenas em caso de nexos causal direto e imediato, como já determinado pelo Superior Tribunal de Justiça. Sendo assim, a presente teoria abrange as situações em que a teoria anterior não pode ser aplicada, por conta

da ausência de ligação fática ou jurídica entre a prova desentranhada do processo e a prova obtida em decorrência dela.

Apesar do Código Processual Penal determinar a necessidade de ausência de nexos causal entre as provas, a doutrina e jurisprudência brasileiras admitem a atenuação do nexo causal como suficiente para que a prova derivada seja aproveitada no processo. A atenuação do nexo causal ocorre por exemplo em função de lapso temporal entre as provas ou de irrelevância da ilegalidade, conforme o julgamento da Ação Penal 856/DF do Superior Tribunal de Justiça, apresentada anteriormente:

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.
[...]

5. De acordo com a teoria do nexo 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) a vontade 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.¹⁷

Nas situações apresentadas pela Ministra Relatora Nancy Andrighi, a doutrina considera que a ilicitude da prova foi expurgada e, por isso, a prova não estaria contaminada pela árvore envenenada. A questão da utilização de provas com contaminação atenuada é alvo de discussão no cenário e brasileiro e o jurista Denilson Feitoza Pacheco¹⁸ se utiliza do caso “Wong Sun v. U.S. (1963)”¹⁹ - caso que originou a aplicação da teoria no direito norte americano - para defender a possibilidade de se utilizar a teoria da conexão atenuada ou contaminação expurgada:

No caso Wong Sun v. U.S. (1963), policiais da "delegacia de entorpecentes" entram num domicílio sem "causa provável" (indícios probatórios necessários para tal) e prenderam ilegalmente "A", o qual, quase imediatamente depois, acusou "B" de ter vendido a droga. Os policiais, em seguida, prenderam ilegalmente "B", o qual, por sua vez, implicou "C", que também foi preso ilegalmente. Vários dias mais tarde, depois

¹⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ação Penal n. 856 - DF (2010/0184720-0). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 18 out. 2017. DJe 06 fev. 2018.

¹⁸ FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal** – Teoria, Críticas e Práxis. 5 ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 127.

¹⁹ EUA, Suprema Corte, Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471, 83 S.Ct. 407, 9 L.Ed. 2d 441 (1963).

de "C" ter sido libertado, "C" voluntariamente confessou oralmente aos policiais da delegacia de entorpecentes, durante seu interrogatório policial.

A Suprema Corte excluiu a apreensão da droga encontrada com "B" e as declarações de "B", por terem sido "frutos" da entrada ilegal na sua casa e da sua prisão ilegal. Entretanto, rejeitou que a confissão de "C" fosse fruto da sua prisão ilegal, pois, embora "C" pudesse nunca ter confessado se ele jamais tivesse sido preso ilegalmente, sua ação voluntária de confessar, depois de ter sido solto e alertado de seus direitos, tinha tornado a conexão entre a prisão e a declaração tão atenuada que a "nódoa" da ilegalidade tinha se dissipado.

Conforme observam Israel e LaFave, o caso Wong Sun indica que uma "nódoa" de ilegalidade inicial pode ser "expurgada" por um "ato independente interveniente", praticado pelo acusado ou por uma terceira parte, que interrompa a corrente causal entre a ilegalidade e a prova, de uma tal maneira que a prova não seja vista como tendo sido obtida pela "exploração" (aproveitamento) dessa ilegalidade. Entretanto, determinar se existe um tal "ato independente interveniente" se tem mostrado problemático em muitas diferentes situações, algumas das principais expostas em sua obra.

Portanto, apesar da existência de discussão acerca da utilização da Teoria do Nexo Causal Atenuado, há consenso entre os juristas acerca da possibilidade de utilização de prova em que não exista qualquer nexo de causalidade entre a prova ilícita primária e suas derivadas. Mesmo assim, a maior parte da doutrina brasileira, em acolhimento à doutrina estadunidense, entende pela aplicação desta teoria também em casos de atenuação do nexo causal entre as provas.

3.2.2 Teoria da Descoberta Inevitável

A Teoria da Descoberta Inevitável, por sua vez, aborda a hipótese em que uma prova deriva de prova ilícita é admitida no processo pelo fato de que esta prova poderia ser alcançada pela parte por outro meio que não o meio ilícito responsável pelo desentranhamento da prova primária. Dessa forma, mesmo que a prova tenha sido obtida por derivação de uma prova ilícita, ela será admitida no processo, caso seja comprovada a possibilidade de obtenção desta por meio legal e inevitável. Vale destacar que esta Teoria, assim como as demais teorias apresentadas, tem origem no direito norte americano, mas especificamente no caso "Nix vs Williams (1894)"²⁰ – caso de homicídio em que o corpo foi encontrado a partir de declarações obtidas de forma ilegal pela polícia, porém havia um grupo de voluntários a procura do corpo, sendo decidido no caso que estes inevitavelmente teriam encontrado o cadáver e, por isso, foi aplicada a Teoria da Descoberta Inevitável.

Além disso, é importante pontuar que o artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de admissão de provas ilícitas que seriam, inevitavelmente, descobertas,

²⁰ Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984). U.S. Supreme Court. June 11, 1984.

ao determinar que “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”

Por fim, segundo Denilson Feitoza, é fundamental analisar se a “descoberta inevitável” está pautada em “fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação”, e não em meros aspectos especulativos, conforme analisado pela Corte Americana ao julgar a admissão da prova ilícita no caso em epígrafe:

Ainda como limitação à doutrina dos frutos da árvore venenosa, a doutrina ou limitação da descoberta inevitável ("inevitable discovery" limitation) foi aplicada num caso (Nix v. Williams - Williams II, 1984158) em que uma declaração obtida ilegalmente do "acusado" revelou o paradeiro do corpo da vítima de homicídio numa vala de beira de estrada, mas um grupo de duzentos voluntários já estava procurando pelo cadáver conforme um plano desenvolvido cuidadosamente, que eventualmente teria abrangido o lugar onde o corpo foi encontrado. A Suprema Corte entendeu que a "doutrina dos frutos" não impediria a admissão de prova derivada de uma violação constitucional, se tal prova teria sido descoberta "inevitavelmente" por meio de atividades investigatórias lícitas sem qualquer relação com a violação, bem como que a "descoberta inevitável" não envolve elementos especulativos, mas concentra-se em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação. Segundo Israel e LaFave, circunstâncias que justifiquem a aplicação da regra da descoberta inevitável são improváveis de ocorrerem, a menos que, no momento da conduta policial ilícita, já houvesse uma investigação em andamento que eventualmente teria resultado na descoberta da prova por meio de procedimentos investigatórios rotineiros.²¹

3.2.3 Teoria da Fonte Independente

Finalizando as exceções às provas ilícitas por derivação, tem-se a Teoria da Fonte Independente que consiste basicamente em prova que, apesar de ter sido alcançada por meio ilícito, seria alcançada mesmo sem a prática do ato ilegal. Para análise desta teoria, deve-se identificar, brevemente, o conceito de fonte: tudo o que fornece informações para a produção de uma prova (como exemplo pode-se citar a oitiva de uma testemunha). Ainda, é de suma importância destacar o parágrafo 2º do artigo 157 do CPP, que delimita o assunto:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
[...]
§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

²¹ FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal** – Teoria, Críticas e Práxis. 5 ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 126.

Esta teoria, assim como as demais, origina-se de um caso norte americano (caso Bynum²²) em que foi realizada uma identificação dactiloscópica durante prisão ilegal e por isso havia sido inicialmente desentranhada do processo, mas após apresentação de planilhas dactiloscópicas do preso oriundas de arquivos do FBI - que, por sua vez, foram admitidas no processo em função do alcance autônomo e independente da prova ilícita -, as informações dactiloscópicas obtidas durante a prisão foram readmitidas no processo.

Quanto à discussão acerca da Teoria da Fonte Independente, Nestor Távora contribui com seu pensamento de que esta teoria não seria uma exceção à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, já que não existe qualquer relação entre a prova ilícita e a prova secundária e, por isso, esta não deveria ser considerada derivada da originária:

A prova absolutamente independente, ou limitação da fonte independente (independent source limitation), não seria propriamente uma exceção aos efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, e sim uma teoria coexistente, permitindo justamente a devida integração, partindo-se do pressuposto de que, não havendo vínculo entre as provas, não há de se falar em reflexos irradiando contaminando aquelas provas que não derivam da ilícita.²³

Assim, conclui-se que a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada constitui a regra a ser aplicada sobre provas derivadas, conforme delimita a redação do artigo 157, §1º do CPP. Porém, a partir da análise deste trabalho, fica evidente a possibilidade de admissão de provas derivadas de prova ilícita em caso de (i) ausência de nexo causal entre as provas ou nexos causais atenuados; (ii) a possibilidade de descoberta inevitável; e (iii) a descoberta da mesma prova a partir de fonte lícita completamente independente da prova primária.

3.3 Teoria da Prova Ilícita *pro reo*

A Teoria da Prova Ilícita *pro reo*, também conhecida como Princípio da Proporcionalidade *pro reo* consiste, em uma análise prévia, na admissão de uso de uma prova obtida por meio ilícito, desde que utilizada em favor do réu. Esta teoria visa garantir a busca pela verdade real e o direito de liberdade individual, considerando que existem situações em que a prova ilícita obtida pelo réu é o único meio de comprovar sua inocência, sendo assim, a prova será avaliada a partir do Princípio da Proporcionalidade.

²² EUA, Suprema Corte, Bynum v. United States, 274 F.2d 767, 107 U.S.App.D.C. 109 (D.C.Cir.1960).

²³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015.

Aury Lopes Junior²⁴ afirma que nestes casos deve ser realizada ponderação entre o direito de liberdade de um indivíduo inocente e o direito alheio sacrificado no momento da produção da prova. A exemplo dessa ponderação, pode-se citar a violação ao direito à intimidade da parte contrária em situação na qual o réu realiza gravação ambiental de conversa sem o consentimento do outro, porém consegue captar uma confissão por parte da parte contrária.

A situação hipotética apresentada acima é protegida pelo princípio do “favor rei” ou “favor *libertatis*” que consiste em tratamento diferenciado ao réu acerca de seu direito de liberdade, ou seja, o direito da liberdade se sobrepõe ao dever de julgamento do estado e ao direito da parte contrária eventualmente ferido, quando a liberdade do réu depende da produção desta prova ilícita. Laryssa Saraiva Queiroz aborda a questão em sua obra “O princípio favor rei no ordenamento jurídico brasileiro²⁵”, ao afirmar que “O princípio do favor rei, ou favor *libertatis*, consiste basicamente numa diretriz do Estado Democrático de Direito que dispensa ao réu um tratamento diferenciado, baseando-se precipuamente na predominância do direito de liberdade, quando em confronto com o direito de punir do Estado.”

Em uma análise simples, torna-se perceptível que o Princípio da Proporcionalidade *pro reo* se baseia no fato de que a produção de provas por meios ilícitos, quando realizada em função da comprovação de sua própria inocência, configura causa de exclusão de ilicitude.

3.4 Teoria da Exceção do Erro Inócuo

A Teoria da Exceção do Erro Inócuo, se não analisada profundamente, pode ser confundida com a Teoria da Fonte Independente abordada anteriormente, já que em ambas as teorias existe a admissão de uma prova ilícita juntada ao processo em razão da existência de outra prova que demonstre o mesmo fato. Ocorre que, a exceção do erro inócuo ocorre com a existência de – como o próprio nome diz – erros irrelevantes ao processo, enquanto a teoria da fonte independente consiste em uma prova ilícita por derivação, ou seja, deve ser alcançada a partir de uma prova ilícita anterior.

O caso mais expressivo no Brasil é o HC 342.512/PR:

²⁴ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo. SaraivaJur, 2023. p. 468.

²⁵ QUEIROZ, Laryssa Saraiva. O princípio favor rei no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jurídica Esmp-sp**, São Paulo, v. 5, p.99-116, 2014. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/137. Acesso em 29 abr. 2025.

Irrelevância da ausência de prova pericial. Independentemente da prova pericial tida por ilícita (teste de alcoolemia), há nos autos principais diversos depoimentos, inclusive do próprio paciente, admitindo a ingestão de bebida alcoólica anteriormente aos fatos, assim como dos socorristas e dos médicos quanto aos indícios de embriaguez, em razão do hálito etílico do ora paciente, além das testemunhas que informaram que o acusado teria ingerido algumas garrafas de vinho juntamente com um amigo e deixado o restaurante conduzindo seu veículo Passat em alta velocidade e em aparente estado de embriaguez, elementos que não são derivados da prova pericial. Questão deve ser submetida ao Conselho de Sentença para que forme o convencimento acerca do elemento subjetivo dos homicídios imputados.²⁶

Como demonstrado acima, foi juntado teste de alcoolemia obtido de forma ilícita, o que motivaria em situações normais, o seu desentranhamento nos autos, porém, existem outros elementos no caso que comprovam o estado de embriaguez do réu, como depoimentos de testemunhas, peritos e até do próprio réu. Assim, como destacado na sentença, trata-se de “elementos que não são derivados da prova”, afastando a aplicação da Teoria da Fonte Independente (já que não se trata de prova ilícita por derivação) e levando à aplicação da exceção do erro inócuo, haja vista a irrelevância da ilicitude do teste de alcoolemia diante de inúmeros outros fatos que comprovam a embriaguez.

Portanto extrai-se desta Teoria, a possibilidade de utilização de prova ilícita em casos em que sua relevância seja inócua (mínima ou irrelevante) e não seja o único fundamento para que seja proferida a sentença, ou seja, a prova ilícita passa a ser admitida em razão da existência de outras provas que demonstram a mesma situação fática.

A origem desta Teoria é a mesma das anteriores, já que também foi criada diante de um caso de notória repercussão nos Estados Unidos, chamado “*Chapman vs California*”²⁷, que trata sobre o julgamento de dois homens (Chapman e Teale), acusados de assassinato, roubo e sequestro. Neste caso, o Promotor de Justiça teria cometido um erro durante o julgamento que, em tese, levaria à nulidade do julgamento, porém a Suprema Corte Americana criaria ali o entendimento de que um erro mínimo – ou inócuo – que não gera danos ao processo (*harmless constitutional error rule*) por conta da presença de provas sem ligação com a prova obtida a partir de erro que sustentem a mesma alegação. Assim, quando houver um erro no processo que não o macule, junto de outras provas obtidas sem qualquer erro, esta prova viciada não levará à nulidade do processo e não terá de ser desentranhada dos autos.

²⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - HC: 342512 PR 2015/0300582-1, Relator.: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 15/03/2016, T6 - Sexta turma, Data de Publicação: DJe 29/03/2016.

²⁷ Chapman v. Califórnia, 386 US 18 (1967).

O próprio Código de Processo Penal delimita a impossibilidade de declaração de nulidade a um ato que não gere prejuízo à acusação ou defesa, sendo assim, um erro inofensivo ao curso do processo não deve ser considerado prova obtida por meio ilícito²⁸. A fim de exemplificar o apresentado, pode-se citar uma situação em que há erro na qualificação do réu, porém, são apresentadas novas provas durante o processo que demonstram sua verdadeira qualificação.

²⁸ Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

4 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM O TEMA

Este trabalho é responsável pela análise da aplicação dos princípios constitucionais em matéria de admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, a partir de teorias que se baseiam, principalmente nestes princípios e direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988. Sendo assim, este tópico será destinado à demonstração da aplicação de alguns dos princípios constitucionais que permitem a admissibilidade de provas ilícitas no processo penal.

4.1 Da Razoabilidade e Proporcionalidade

Inicialmente, é importante notar que os princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade estão presentes em todas as decisões de admissibilidade ou não de prova obtida por meios ilícitos, já que, como expressamente colocado, a admissão de provas ilícitas gira em torno da prevalência dos direitos a defesa e a prova de uma das partes sobre direito individual da parte contrária ou sobre uma norma imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro. Essa valoração de direitos será observada a partir dos princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade, ao passo em que será avaliado pelo juiz competente o dano causado ao processo pela adoção de cada um dos princípios, a fim de garantir a busca pela verdade real.

Logo de cara, a título de exemplificação, deve-se destacar que todas as teorias de admissão da prova ilícita abordadas anteriormente se baseiam nestes princípios. A começar pela Teoria do Nexo Causal Atenuado, que depende de uma avaliação da proporção do impacto causado pela juntada da prova ilícita no processo. As Teorias da Descoberta Inevitável e da Fonte Independente serão a todo momento pautadas no princípio da razoabilidade, tendo em vista o fato de que ambas abordam uma situação em que, apesar do meio ilícito pelo qual fora obtida a prova, o fato em si teria sido inevitavelmente comprovado nos autos por outros meios, sendo assim, ao analisar as situações à luz da razoabilidade, fica clara a necessidade de que a prova seja admitida independente de sua origem, já que seu desentranhamento levaria a um atraso desnecessário do processo (considerando que o fato seria comprovado mesmo sem a produção da prova em questão). A Teoria da prova ilícita *pro reo*, obviamente se baseia em um exercício de proporção entre o direito à prova e à liberdade do acusado em face, por exemplo, do direito à intimidade da parte contrária que na situação, merece ser preterida ao direito fundamental de liberdade do réu. Por fim, a Teoria da Exceção do Erro Inócuo depende de ambos os princípios, já que não é razoável desentranhar uma prova do processo por ato ilícito que

sequer tem impacto nele e, assim como na Teoria do Nexo Causal Atenuado, deve-se valorar o impacto causado pela ilegalidade cometida.

Neste viés, é importante destacar que os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade estão interligados e atuam conjuntamente na admissão de provas obtidas de forma ilícita, conforme entendimento da doutrina e jurisprudência brasileira, conforme adiante:

Dessa forma, é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado, que tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei.²⁹

A partir da leitura do entendimento firmado por Paulo Rangel, fica clara a presença dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na luta pela garantia dos direitos fundamentais do acusado, como principalmente o direito à defesa e à prova. Isso porque, a não valoração entre o direito/dispositivo violado e o direito do acusado levaria a danos irreparáveis ao indivíduo e ainda maiores à comunidade e à segurança jurídica almejada pela Constituição Federal, devendo então o direito de prova da inocência se sobrepor ao poder de sanção estatal, garantindo a verdadeira justiça e a busca incessante pela verdade real nos processos penais.

No mesmo sentido, Julio Fabrininni Mirabete menciona que o bem de maior valor entre os dois presentes no conflito gerado pela produção de prova ilícita deve prevalecer:

Por isso, já se começa a admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou da ponderação quanto a inadmissibilidade da prova ilícita. Se a prova foi obtida para resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele resguardado, não há que se falar em ilicitude, e portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova.³⁰

Por outro lado, deve-se observar também a possibilidade de contaminação e manipulação do Princípio da Proporcionalidade como pauta para delimitar o princípio/regra “de maior valor”, assim como o demonstrado por Aury Lopes Jr. em “Direito Processual Penal (2003)”³¹

Portanto, quando um processo penal se depara com a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, deve-se observar o conflito, inicialmente, aos olhos dos Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade, a fim de que seja realizada uma ponderação ou valoração dos direitos e obrigações envolvidos no caso. Assim, será competência do magistrado

²⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20.ed. São Paulo: Atlas: 2012, p. 467.

³⁰ MIRABETE, Julio Fabrininni. **Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 276.

³¹ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo. SaraivaJur, 2023, p. 466.

responsável pelo caso, realizar este juízo de valor entre a garantia do direito individual do acusado a liberdade ou produção de prova e dever estatal de aplicação de sanções ou direito reservado à parte contrária. Neste caso, o julgador deve analisar qual direito, ao ser garantido, gera menor prejuízo ao trâmite processual, à segurança jurídica e à busca pela verdade real, a fim de que seja encontrado o verdadeiro culpado e não seja atribuído ao acusado uma pena que não lhe caiba, meramente em defesa dos ritos processuais que, claramente não devem ter preferência sobre o direito de liberdade de um cidadão.

4.2 Do Contraditório e Ampla Defesa

Quanto aos princípios do Contraditório e Ampla Defesa, deve-se ressaltar inicialmente, o fato de que ambos aparecem constantemente lado a lado. Juntos, os princípios da Ampla Defesa e Contraditório garantem a imparcialidade do julgador do processo, ao passo que este será obrigado pelo procedimento comum, a ouvir ambas as partes do julgamento, tendo cada uma delas o seu momento específico de apresentação de provas e defesa.

Logo de cara, pode-se observar a aplicação de ambos os princípios nos casos em que se deve decidir sobre a admissibilidade de uma prova obtida por meios ilícitos, haja vista o fato de que as teorias apresentadas anteriormente trabalham em prol da garantia destes princípios, propiciando a todas as partes, a possibilidade de apresentação de provas e razões, mesmo que isso leve ao sacrifício de um direito individual ou norma processual (aqui se observa a primazia dos princípios constitucionais sobre os demais dispositivos legais).

É importante destacar ainda que estes princípios não devem ser obrigatoriamente apresentados em conjunto, tendo cada um deles um significado próprio. O princípio do Contraditório consiste, basicamente, na garantia de que a parte envolvida no processo terá direito a discutir e apresentar contraprovas às provas apresentadas pela parte contrária, sendo impossível o entranhamento de prova que não seja de conhecimento geral das partes. Assim, garante-se que os processos penais não sejam inquisitoriais, conforme o pensamento de Denilson Feitoza:

Preferimos a terminologia ‘prova processual’ (produzida em juízo, sob contraditório e ampla defesa) e ‘prova inquisitorial’ (coletada na persecução criminal *extra iudicio*, seja pré-processualmente, em um inquérito policial, ou outra investigação criminal, seja, simplesmente, fora do processo judicial). Afirmar que a prova é inquisitorial, a nosso ver, é bem mais efetivo para deixar claro que não houve contraditório, nem

ampla defesa, em vez do eufemismo ‘elementos informativos’, os quais continuam, pelo menos no texto legal, a fundamentar sentença.³²

Assim, conclui-se que o Princípio do Contraditório se dedica à garantia de que as partes tenham acesso às provas apresentadas no processo e possam apresentar sua resposta acerca do apresentado. Deste ponto, observa-se que a admissão de uma prova ilícita nada mais é do que um meio de cumprimento deste princípio constitucional já que, ao assegurar que o acusado apresente uma prova ilícita no processo, o julgador permite que ele leve ao processo o único meio de resposta e comprovação de que o fato apresentado pela parte contrária é falso, garantindo assim que ele tenha seu direito de impugnar as alegações do acusador (exerça seu direito ao contraditório).

No que concerne ao Princípio da Ampla Defesa, vale dizer que seu conceito gira em torno da garantia de que o réu terá devida participação no processo, possibilitando-lhe uma defesa técnica e efetiva. A partir desta análise fica evidente que não basta a mera habilitação de advogado em sua defesa no processo, mas sim que este defensor atue em todas as fases processuais, exercendo as funções e diligências que lhe caibam em função de proteger os direitos do réu. Ainda, fala-se em direito à autodefesa, o que se baseia na participação efetiva do acusado em todas as fases processuais. Por fim, a Ampla Defesa não garante só a devida representação no processo, como também o direito à autodefesa e possibilidade de esgotamento dos meios e recursos no processo.

Vale ressaltar que estes princípios constitucionais, ao contrário da maioria dos princípios, estão expressamente defendidos na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5ºm LV:

Art. 5º 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 igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;³³

Portanto, os princípios do Contraditório e Ampla Defesa, citados na Constituição Cidadã, resumidamente, atuam em prol do direito a resposta e impugnação aos fatos e provas apresentados contra a parte e do direito à defesa técnica e efetiva. Isto posto e, considerando

³² FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal** – Teoria, Críticas e Práxis. 2008, p. 116.

³³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

que a admissão de uma prova ilícita no processo possa ser o único meio de impugnação a uma alegação apresentada pela parte contrária, conclui-se que, muitas vezes, esta exceção ao trâmite processual pode ser responsável pela garantia dos princípios aqui analisados.

4.3 Do Devido Processo Legal

O último dos princípios a ser analisado é o Princípio do Devido Processo legal que, assim como os princípios do Contraditório e Ampla Defesa, está delimitado pelo artigo 5º da Constituição Federal, por meio do inciso LIV:

Art. 5º 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 igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;³⁴

Este princípio tem como objetivo, a garantia de que as regras processuais previstas no ordenamento jurídico brasileiro sejam respeitadas no processo do qual fazem parte, garantindo a realização de todas as fases processuais e direitos que envolvem o processo penal, visando principalmente, a garantia do cumprimento da justiça e igualdade no processo. Além do raciocínio tradicional apresentado, existe o pensamento de que o devido processo legal é uma mera garantia de que as partes serão submetidas a um processo justo e efetivo. Assim, a compreensão da admissibilidade das provas ilícitas é facilitada, ao entender que elas garantem o contraditório e ampla defesa do réu e, conseqüentemente, protegem princípios constitucionais basilares do processo penal.

A partir da análise do conceito tradicional, pode parecer contraditória a aplicação do princípio do Devido Processo Legal no âmbito da admissão das provas ilícitas no processo, já que esta admissão consiste em uma exceção ao trâmite processual normal, determinado pelo CPP, o qual determina o desentranhamento destas provas³⁵. Ocorre que, o Princípio do Devido Processo Legal é um princípio que depende da aplicação de outros princípios, como o da busca pela verdade real e os demais já citados neste trabalho, o que leva a crer que a admissão destas provas não levaria à violação do devido processo, em função da garantia dos princípios que o constituem.

³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

³⁵ Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

Apesar destes apontamentos, o entendimento geral da doutrina brasileira é pela violação do Princípio do Devido Processo Legal ao ser admitida uma prova ilícita no processo. Porém, como dito anteriormente, a admissão das provas ilícitas implica em um exercício de valoração de direitos e normas jurídicas, situação na qual os direitos a produção de prova, liberdade e inocência prevalecem sobre outros princípios constitucionais, como ocorre no caso do princípio aqui analisado.

Portanto, é notória a existência de conflitos entre normas, direitos e princípios, cabendo ao julgador do caso analisar a situação e determinar se os princípios da liberdade e da inocência devem prevalecer sobre o princípio conflitante que, no caso, seria o do Devido Processo Legal. É evidente que, como demonstrado anteriormente, o direito de comprovação de inocência de um indivíduo deve prevalecer sobre a obrigação sancionatória do Estado, assim como, deve prevalecer sobre o Devido Processo Legal, para que outros princípios – como Contraditório, Ampla Defesa, Proporcionalidade e Razoabilidade – sejam garantidos.

5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: CASOS EM QUE A PROVA ILÍCITA FOI ADMITIDA

Neste tópico, serão analisadas jurisprudências de Tribunais brasileiros que aplicaram as teorias de admissão ou inadmissão aqui citadas em caso concreto, considerando os conceitos da prova ilícita e os princípios que giram em torno da admissibilidade destas provas no processo penal.

5.1 Análise do Agravo de Instrumento nº 5007158-57.2022.4.02.0000/ES – TRF2

De início, a primeira Jurisprudência analisada neste trabalho será o Agravo de Instrumento nº 5007158-57.2022.4.02.0000/ES – TRF2, cuja ementa é:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. EXCEÇÃO. ART. 157, § 1º DO CP. NULIDADE DA CDA AFASTADA. PROVAS PRODUZIDAS NA SEARA ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA EM RELAÇÃO ÀS PROVAS OBTIDAS EM AÇÃO POLICIAL CONSIDERADA ILEGAL. INCIDENTE INDEFERIDO. DECISÃO NÃO TERATOLÓGICA. RECURSO DESPROVIDO.

- Cuida-se de agravo de instrumento, interposto por PÃO GOSTOSO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A. alvejando decisão que, nos autos de execução fiscal, indeferiu a exceção de pré-executividade oposta pelo ora agravante.

- In casu, o Juízo a quo assentou que, "segundo a 'teoria dos frutos da árvore envenenada', reconhecida originalmente pela jurisprudência norte-americana e adotada no direito brasileiro, não se admite o uso da prova ilícita por derivação, que são aquelas produzidas a partir de outras obtidas ilegalmente. Disposta no Código Penal Brasileiro e utilizada em outras áreas do direito, a teoria do fruto da árvore envenenada apresenta, contudo, limitação em sua aplicabilidade, conforme se afere do § 1º do art. 157 do CP: 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. Tratando-se o caso concreto, as provas produzidas via fiscalização da administração são, a princípio, completamente independentes das produzidas na seara criminal, especialmente considerando a autonomia que os auditores da RFB possuem para fiscalizar o contribuinte. Analisando os autos do processo administrativo que instruiu a presente exceção, temos que a ação fiscal realizada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social - MPAS requereu a disponibilização de diversos documentos por parte da empresa investigada (Evento 316, Anexo 3 e 4). Ainda, o relatório fiscal informa que a análise dos documentos entregues à fiscalização pela investigada (folhas e recibos de pagamento, recibos de férias e rescisões de contratos de trabalho) redundou na constatação da falta de recolhimento previdenciário das contribuições normais descontadas de seus segurados empregados (Evento 316, Anexo 4, fl.8). Vê-se, portanto, que a constituição da CDA em questão não dependeu das informações trazidas pela ação policial considerada ilegal. Ainda que a solicitação da fiscalização administrativa pelo Ministério Público do Trabalho tenha sido inspirada na ação

policial, no âmbito administrativo foram produzidas provas completamente independentes, a partir de documentos apresentados pela própria empresa, de modo que não há que se falar em nulidade da CDA".

- Consoante entendimento desta Egrégia Corte, somente em casos de decisão teratológica, com abuso de poder ou em flagrante descompasso com a Constituição, a Lei ou com orientação consolidada de Tribunal Superior ou deste Tribunal, seria justificável sua reforma pelo órgão ad quem, em agravo de instrumento.

- Recurso desprovido.³⁶

O acórdão em epígrafe proferido pela Relatora a Desembargadora Vera Lúcia Lima da Silva, no Agravo de Instrumento nº5007158-57.2022.4.02.0000/ES, em trâmite perante Tribunal Regional Federal da 2ª Região, aborda um Agravo de Instrumento interposto contra decisão que indeferiu a exceção de pré-executividade oposta pelo ora agravante em sede de Execução Fiscal. Nos autos originários, o Agravante “Pão Gostoso Indústria e Comércio S.A.” alega que a Executada teria baseado seus argumentos em documentos adquiridos em ação fiscal declarada ilegal (n.0000226-50.1997.4.02.5001), por conta de ação policial ilegal, e assim, as provas juntadas aos autos da Execução Fiscal seriam ilícitas com fundamento na Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Ocorre que, a R. Decisão proferido pelo R. Juízo de piso rechaçou a inadmissibilidade destas provas, ao pontuar que o documento derivado da ação ilegal poderia ser adquirido de forma independente.

Segundo a 'teoria dos frutos da árvore envenenada', reconhecida originalmente pela jurisprudência norte-americana e adotada no direito brasileiro, não se admite o uso da prova ilícita por derivação, que são aquelas produzidas a partir de outras obtidas ilegalmente.

Disposta no Código Penal Brasileiro e utilizada em outras áreas do direito, a teoria do fruto da árvore envenenada apresenta, contudo, limitação em sua aplicabilidade, conforme se afere do § 1º do art. 157 do CP:

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.

Tratando-se o caso concreto, as provas produzidas via fiscalização da administração são, a princípio, completamente independentes das produzidas na seara criminal, especialmente considerando a autonomia que os auditores da RFB possuem para fiscalizar o contribuinte.³⁷

³⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento n. 5007158-57.2022.4.02.0000/ES. Relatora: Des. Fed. Vera Lúcia Lima da Silva. Rio de Janeiro, 08 ago. 2022.

³⁷ Ibidem.

Nesta primeira decisão, já é possível analisar que a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada foi afastada em função da aplicação da Teoria da Fonte Independente, também citada e conceituada neste trabalho. Além disso, nota-se que o V. Acórdão em epígrafe foi proferido em conformidade com os autos originários, ao passo que a Relatora Vera Lúcia negou provimento ao Agravo de Instrumento, tendo o mesmo entendimento do R. Juízo de piso, tanto que fundamentou sua decisão nos mesmos princípios e teorias:

Impede asseverar que, na presente hipótese, alinho-me à fundamentação esposada no decisum censurado, na medida em que, muito embora "a solicitação da fiscalização administrativa pelo Ministério Público do Trabalho tenha sido inspirada na ação policial", a constituição do título "não dependeu das informações trazidas pela ação policial considerada ilegal", uma vez que, na seara administrativa, "foram produzidas provas completamente independentes, a partir de documentos apresentados pela própria empresa".

Na forma do explanado e diante da estreita via cognitiva característica do recurso de agravo de instrumento, inobstante as teses argumentativas carreadas pelo agravante, não verifico a existência de elementos suficientes a formar convencimento que autorize a reforma da decisão. Desta forma, em princípio, frente aos argumentos coligidos, comungo do entendimento ventilado na decisão agravada, não vislumbrando razões que recomendem a modificação do entendimento externado pelo Juízo a quo, motivo pelo qual adoto o mesmo posicionamento apresentado pelo Nobre Magistrado de primeiro grau de jurisdição.

Ademais, segundo entendimento desta Egrégia Corte, apenas em casos de decisão teratológica, com abuso de poder ou em flagrante descompasso com a Constituição, a Lei ou com a orientação consolidada de Tribunal Superior ou deste Tribunal, seria justificável sua reforma pelo órgão ad quem, em agravo de instrumento (AG 2010.02.01.017607-0, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Fed. GUILHERME COUTO, E/DJF2R 14/02/2011; AG 2010.02.01.007779-1 Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Fed. José Antônio Lisboa Neiva, E-DJF2R 01/02/2011), o que parece não ter ocorrido, in casu.³⁸

A partir da leitura do acórdão em pauta, é notória a admissão das provas consideradas ilícitas no processo. Inicialmente, deve-se citar que são consideradas ilícitas porque foram “inspiradas” pela ação ilegal, porém, em razão do trabalho independente do Ministério Público da Previdência Social e a possibilidade de obtenção deste documento sem que a Ação ilegal sequer houvesse existido, faz com que a prova seja admitida, conforme o artigo 157, §1º do Código de Processo Penal, citado em ambas as decisões deste processo.

Como destacado anteriormente, o artigo 157, §1º do CPP regula as exceções à Teoria de inadmissão da prova ilícita por derivação, a partir das Teorias da Fonte Independente, Descoberta Inevitável e Nexo Causal Atenuado. Neste caso, pode-se citar, principalmente, a

³⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento n. 5007158-57.2022.4.02.0000/ES. Relatora: Des. Fed. Vera Lúcia Lima da Silva. Rio de Janeiro, 08 ago. 2022.

Teoria da Fonte Independente, haja vista o fato de que as provas que embasaram a constituição da CDA foram obtidas de forma independente, por meio de procedimento fiscal autônomo conduzido pelo Ministério da Previdência Social, que solicitou documentos diretamente à empresa e os analisou sem vínculo com a investigação policial considerada ilegal, conforme se observa no trecho do acórdão a seguir:

Impede asseverar que, na presente hipótese, alinho-me à fundamentação esposada no decisum censurado, na medida em que, muito embora "a solicitação da fiscalização administrativa pelo Ministério Público do Trabalho tenha sido inspirada na ação policial", a constituição do título "não dependeu das informações trazidas pela ação policial considerada ilegal", uma vez que, na seara administrativa, "foram produzidas provas completamente independentes, a partir de documentos apresentados pela própria empresa."³⁹

Além disso, encontra-se presente a Teoria do Nexo Causal Atenuado, por conta do nexos causal entre a Ação Fiscal ilegal e os documentos fornecidos pela própria empresa ser considerado irrelevante à obtenção da prova derivada. O nexos causal entre eles é irrelevante, porque se trata de diligência administrativa regular por parte do Ministério Público da Previdência Social que independe de qualquer ação processual.

A partir do exposto, fica evidente a possibilidade de obtenção dos Autos de Infração inspirados pela Ação Fiscal ilegal por meio independente, haja vista atuação autônoma e independente da Receita Federal em relação à Ação Fiscal. Além disso, fica clara a preservação dos Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade ao admitir uma prova obtida por meio ilícito em função da possibilidade de obtenção desta por fonte independente (que seria, no caso concreto, a Receita Federal em sua fiscalização rotineira sobre os contribuintes). É importante destacar, que a admissão destes documentos como provas legítimas ao processo protege os direitos de inocência e produção de prova da Executada, dando fundamento e base às Teorias da Fonte Independente e do Nexos Causal Atenuado aqui trabalhados .

5.2 Análise do Incidente de Suspeição nº0042252-23.2020.8.26.0000 – TJSP

Esta Jurisprudência, por sua vez, evidencia o tema discutido demonstrando a aplicação da Teoria da Admissibilidade da Prova Ilícita *pro reo* no caso em cheque, conforme ementa:

³⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento n. 5007158-57.2022.4.02.0000/ES. Relatora: Des. Fed. Vera Lúcia Lima da Silva. Rio de Janeiro, 08 ago. 2022.

TJSP 0042252-23.2020.8.26.0000 - Câmara Especial - j. 24/2/2021 - julgado por Guilherme G. Strenger - DJe 24/2/2021 - Área do Direito: Penal; Processual; Ambiental

Exceção de Suspeição. Ação penal em que os excipientes e corréus foram denunciados - Alegação de quebra da parcialidade do julgador em razão do aconselhamento do Ministério Público - Conversa entabulada entre Magistrada e Promotora de Justiça, durante suspensão da audiência, captada ilegalmente - Interceptação ambiental - Prova ilícita que pode ser admitida à luz dos princípios da proporcionalidade e do favor rei - Direito à ampla defesa - Conteúdo de diálogo que caracteriza suspeição da excepta - Aplicação do art. 254, IV, do Código de Processo Penal Declaração da nulidade dos atos praticados na ação penal a partir dos interrogatórios, devendo os autos ser remetidos ao substituto legal, a fim de que sejam renovados os atos invalidados, ex vi dos arts. 101 e 564, I, do Código de Processo Penal - Exceção acolhida.⁴⁰

O caso apontado nesta situação é uma suspeição oposta por réus da Ação Penal n.1503607-44.2020.8.26.0228, contra a R. Juíza de Direito da 24ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, Dra. Sônia Nazaré Fernandes Fraga. A suspeição foi oposta por conta de conversa entre a Magistrada e a Promotora de Justiça, gravada pela advogada dos réus, a partir de interceptação ambiental (prova indiscutivelmente ilícita por violação ao artigo 5º, X, da Constituição Federal), em que a Juíza teria instruído a Promotora a requerer o falso testemunho além de mencionar que os policiais testemunhas seriam bandidos e cometer calúnia contra a advogada de defesa, demonstrando o intuito de condenação dos réus por parte dela.

Neste diapasão, o que está em jogo é a admissibilidade de uma prova que é indiscutivelmente ilícita – a interceptação ambiental -, que viola o princípio da privacidade expresso no artigo 5º, X da Constituição, e consiste, segundo Luiz Flavio Gomes e Silvio Maciel (GOMES; MACIEL, 2010, apud BRASIL, TJSP, Incidente de Suspeição nº0042252-23.2020.8.26.0000 2021) consiste na “captação de uma conversa alheia (não telefônica), feita por terceiro, valendo-se de qualquer meio de gravação (...) Quando não existe autorização legal para tais interceptações, [...]”⁴¹

Considerando o tanto apresentado, apesar de ser claramente ilícita, o Relator Desembargador Dr. Guilherme G. Strenger decidiu pela admissão da prova com fundamento na Teoria da Prova Ilícita *pro reo* e o princípio do *favor rei*, já citados neste trabalho, conforme adiante:

Pese embora as provas ilícitas sejam inadmissíveis (artigo 5º, LVI, CF), tal vedação não é absoluta, devendo, em vista do princípio da proporcionalidade, preponderar a

⁴⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Exceção de Suspeição n. 0042252-23.2020.8.26.0000. Relator: Des. Guilherme G. Strenger. São Paulo, 24 fev. 2021.

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Legislação Criminal Especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ampla defesa, admitindo-se o uso da prova ilícita pro reo quando indispensável à defesa do acusado, conforme entendimento sedimentado na doutrina e jurisprudência. [...]

Assim sendo, na espécie, à luz dos princípios da proporcionalidade e do favor rei, a prova ilícita deve ser aceita para assegurar o direito à ampla defesa dos réus na ação penal nº 1503607-44.2020.8.26.0228 (artigo 5º, LV, CF).

Como mencionado anteriormente, o princípio do *favor rei*, resumidamente, consiste na primazia da liberdade do réu em face do direito punitivo do Estado e serve como fundamento à Teoria de Admissão da Prova Ilícita *pro reo*, já que preza pela liberdade do réu, conferindo a ele a garantia de que, caso a prova ilícita produzida por ele seja o único meio possível de comprovação de sua inocência, a prova deve ser admitida, prezando também pelo princípio da busca pela verdade real.

No trecho citado acima, é possível notar que o Relator fala em primazia do Princípio à Ampla Defesa, a partir do Princípio da Proporcionalidade. Isso ocorre porque, conforme analisado no tópico de princípios deste trabalho, o Princípio da Proporcionalidade será responsável por uma análise do conflito entre o direito ao exercício da ampla defesa por parte do réu, visto que a prova ilícita constitui meio único de comprovação da sua inocência e o Princípio do Devido Processo Legal junto ao dever de punição estatal. No caso em tela, como foi comprovada a necessidade de admissão da prova em discussão para que a atuação parcial da juíza fosse comprovada, apesar de ter sido produzida por meio ilícito, a prova foi admitida a fim de garantir que a ampla defesa dos réus fosse exercida, a partir de uma análise proporcional entre as regras processuais penais e os direitos individuais do réu conflitantes.

Assim, com a admissão da prova obtida a partir de interceptação ambiental fica demonstrada a primazia do direito à ampla defesa e à liberdade do réu sobre o dever punitivo do Estado e as regras do Direito Processual Penal, a partir de análise sob ótica do Princípio da Proporcionalidade.

5.3 Análise do Recurso em Sentido Estrito n.º 0002940-87.2010.8.08.0001 – TJES

Por fim, o último acórdão a ser analisado neste trabalho, foi proferido em sede de Recurso em Sentido Estrito, em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRELIMINARES. ADITAMENTO DE RAZÕES. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. INTEMPESTIVIDADE DE CONTRARRAZÕES. CONHECIDAS. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. INVESTIGAÇÃO INICIADA UNICAMENTE COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA. DILIGÊNCIAS MÍNIMAS. DESCOBERTA

INEVITÁVEL. FONTE INDEPENDENTE. ILICITUDE DAS PROVAS ANTERIORES. APROVEITAMENTO DAS PROVAS POSTERIORES. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.1. PRELIMINAR. De acordo com a Corte Superior de Justiça a prática de novo ato processual com intuito de aditar às razões recursais fica obstada pela preclusão consumativa (HC 469.281/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 23/11/2018). Aditamento de razões ministeriais não conhecidos, devendo ser desentranhados e devolvidos ao recorrente. Em contrapartida, conhecidas as contrarrazões intempestivas defensivas, eis que "Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a falta de apresentação de contrarrazões ao recurso em sentido estrito por inércia do paciente ou de seu defensor enseja nulidade absoluta, em obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório" (HC 166.003/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA -Desembargador Convocado do TJ/RS -, Sexta Turma, julgado em 19/05/2011, DJe 15/06/2011). 2. MÉRITO. É possível, de fato, concluir que a instauração do Procedimento investigativo e os pleitos de quebra de sigilo e interceptação telefônicas teriam se baseado, unicamente, em denúncias anônimas, tendo a autoridade ministerial deixado de realizar as diligências mínimas necessárias para confirmar os fatos criminosos relatados na denúncia anônima. Porém, considerando que a oitiva do preso Bruno - que seria a diligência preliminar óbvia e que, de fato, confirmou o teor da denúncia anônima -, foi devidamente realizada em 18 de agosto, verificou-se que a descoberta de fatos criminosos praticados em face do mesmo pelas autoridades policiais e de outras irregularidades ocorridas na Delegacia de Afonso Cláudio não decorreu única e exclusivamente das interceptações telefônicas realizadas antes dessa data, mas sim do teor da denúncia anônima e da oitiva do preso, ocorridas posteriormente, configurando uma fonte independente que garante a licitude das provas posteriores.3. Aplicável a exceção prevista no § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, que prevê serem "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" e no §2º, que explica que Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. In casu, merece reforma a sentença recorrida por entender que as provas subsequentes a oitiva do preso Bruno não devem ser consideradas ilícitas, eis que decorrem de uma descoberta inevitável, bem como possuem um fonte independente que não as maculam de ilicitude. Tanto é que, se tais provas somente tivessem sido deferidas após o dia 18 de agosto, baseadas em tal depoimento e da denúncia anônima, não seria reconhecida qualquer ilicitude.4. Não há contaminação das provas subsequentes, eis que a oitiva do preso Bruno e as provas produzidas a partir de então, devem ser consideradas derivadas de fonte independente, não existindo risco de causalidade com as provas subsequentes de modo a contaminá-las pela nulidade ora reconhecida, na medida em que a denúncia anônima relata fatos que apontam a evidente necessidade de colheita de depoimento do referido preso.5. Recurso conhecido e parcialmente provido.⁴²

Neste caso, trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo contra sentença proferida no Procedimento de Investigação Criminal nº 01/2010, a qual declarou sua nulidade absoluta. No que tange ao tema aqui abordado, deve-se destacar que o Ministério Público deseja a admissão das provas testemunhais realizadas neste procedimento, com fundamento na aplicação das Teorias da Fonte Independente, da Descoberta Inevitável, da Boa-fé e da Exceção do Erro Inócuo. A nulidade é

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Recurso em Sentido Estrito n. 0002940-87.2010.8.08.0001. Relatora: Des. Elisabeth Lordes. Julgado em: 04 nov. 2020.

oriunda de interceptações telefônicas ilegais. O réu, em suas Contrarrazões, alega que o fato foi descoberto exclusivamente pelas interceptações realizadas, não sendo possível falar em descoberta inevitável ou exceção à prova ilícita, afirmando que o aproveitamento desta prova seria incabível. Inicialmente, deve-se analisar que a ilicitude das provas colhidas nos autos decorre do fato de que as interceptações telefônicas teriam sido fundamentas apenas em denúncias anônimas, o que não seria suficiente para o início de uma persecução penal, sendo necessária a produção de diligências acerca do fato e, dessa forma, as oitivas realizadas nos autos devem ser consideradas provas derivadas da interceptação.

A prova ilícita por derivação, nada mais é do que a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, que consiste na contaminação de provas obtidas a partir de uma prova ilícita, ou seja, a prova inicial (interceptação telefônica) foi obtida a partir de meios ilícitos (fundada em denúncia anônima) e, a partir desta prova, novas provas surgiram no processo (oitiva de testemunha). Ocorre que, assim como na primeira jurisprudência trazida, as Teorias da Descoberta Inevitável e da Fonte Independente entram em discussão, ao considerar-se o fato de que a oitiva do preso eventualmente aconteceria no processo por ser, segundo a Relatora, “diligência preliminar óbvia e que, de fato, confirmou o teor da denúncia anônima” e, assim a oitiva torna-se uma descoberta inevitável ao processo, já que faz parte do rito de diligências costumeiro, além de configurar fonte independente, porque “não decorreu única e exclusivamente das interceptações telefônicas realizadas antes dessa data, mas sim do teor da denúncia anônima e da oitiva do preso, ocorridas posteriormente, configurando uma fonte independente que garante a licitude das provas posteriores”.

Portanto, o Procedimento de Investigação Criminal foi instaurado pelo Ministério Público motivado, unicamente, por denúncias anônimas, o que ensejou a quebra de sigilo de dados e a interceptação telefônica de policiais investigados sem que fossem realizadas diligências prévias que fundamentariam e somariam à denúncia anônima, tornando estas provas ilícitas. Ocorre que, a Relatora Desembargadora Elisabeth Lordes entende que, mesmo que sejam realmente ilícitas as provas iniciais (quebra de sigilo de dados e a interceptação telefônica), as provas obtidas após a oitiva da testemunha devem ser admitidas, pois foram consideradas exceções às provas ilícitas por derivação, a partir das Teorias da Fonte Independente e Descoberta Inevitável. Ou seja, neste caso, foram aplicadas, conjuntamente, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada e as Teorias da Fonte Independente e Descoberta Inevitável, que são exceções à primeira teoria. O trecho a seguir evidencia a aplicação das três teorias citadas:

Após detida análise dos autos, reputo que aplicável a exceção prevista no § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, que prevê serem ‘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’ e no §2º, que explica que ‘Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova’.
[...]

In casu, merece reforma a sentença recorrida por entender que as provas subsequentes a oitiva do preso Bruno não deve ser considerada ilícitas, eis que decorrem de uma ‘descoberta inevitável’, bem como possuem uma fonte independente que não as maculam de ilicitude. Tanto é que, se tais provas somente tivessem sido deferidas após o dia 18 de agosto, baseadas em tal depoimento e da denúncia anônima, não seria reconhecida qualquer ilicitude.

Desse modo, após o dia 18 de agosto, restando confirmada minimamente a veracidade da *delatio criminis* com o depoimento do preso Bruno, considerando que os investigados poderiam atrapalhar as investigações, seria adequado e essencial para o prosseguimento das investigações a realização de quebra de sigilo telefônico e as interceptações telefônicas.

Em contrapartida, as provas produzidas até aquela data devem ser consideradas ilícitas, tendo sido baseados unicamente em denúncia anônima.

Em suma, não há contaminação das provas subsequentes, eis que, consoante fundamentado, a oitiva do preso Bruno e as provas produzidas a partir de então, devem ser consideradas derivadas de fonte independente, não existindo risco de causalidade com as provas subsequentes de modo a contaminá-las pela nulidade ora reconhecida, na medida em que a denúncia anônima relata fatos que apontam a evidente necessidade de colheita de depoimento do referido preso.⁴³

Ainda, no Voto da Desembargadora Relatora, deve-se pontuar a fundamentação das teorias no artigo 157, §1º e §2º, do Código de Processo Penal na adoção das Teorias de Exceção à Prova Ilícita por Derivação, como fora apontado anteriormente neste trabalho, e a consequente admissão das diligências produzidas pós oitiva da testemunha, apesar do desentranhamento das provas que as antecederam.

Por último, deve-se observar o caso aos olhos do princípio do Devido Processo Legal, que assim como citado anteriormente, é preterido à garantia de outro princípio, que neste caso seria, principalmente, o Princípio da Razoabilidade, já que não seria razoável desentranhar provas que seriam futuramente descobertas a partir da realização de diligência comuns.

⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Recurso em Sentido Estrito n. 0002940-87.2010.8.08.0001. Relatora: Des. Elisabeth Lordes. Julgado em: 04 nov. 2020.

6 CONCLUSÃO

O objetivo deste Trabalho de Conclusão de Curso é analisar a admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos nos processos penais, a partir de uma análise à luz dos princípios constitucionais e das Teorias que regem esta complexa temática. Ficou claro que, embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determine expressamente a inadmissibilidade de provas ilícitas ao processo, por meio do artigo 5º, LVI, a doutrina e a jurisprudência brasileira reconhecem que existem situações em que a prova ilícita deve ser admitida nos autos a fim de proteger direitos individuais do réu e princípios constitucionais que regem o direito penal no país.

Inicialmente, foi analisada a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, alinhada ao artigo 5º, LVI da Constituição, depois foram analisadas as teorias de exceções às provas derivadas – Teoria da Fonte Independente, Teoria da Descoberta Inevitável e Teoria do Nexo Causal Atenuado – ligadas ao artigo 157, §1º e §2º do CPP e, por fim, as Teorias da Exceção do Erro Inócuo e Prova Ilícita *pro reo*.

A partir da análise das teorias apresentadas, foi possível notar que o ordenamento jurídico brasileiro visa garantir o cumprimento dos princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade; e Ampla Defesa e Contraditório em face do Princípio do Devido Processo Legal, tratando-se basicamente, de uma situação em que deve ser realizada valoração das provas, princípios, normas e direitos envolvidos nos autos por parte do Julgador responsável, a fim de sobrepor um princípio ou direito ao outro, que resultam na inadmissão (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada – regra da Constituição) e desentranhamento das provas ilícitas ou na admissão (Teorias de Exceção às provas ilícitas por derivação, Teoria da Prova Ilícita *pro reo* e Teoria da Exceção do Erro Inócuo) destas provas.

Por fim, ainda foram trazidas jurisprudências que demonstram a aplicação destas teorias, passando da aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada até a aplicação da Teoria da Prova Ilícita *pro reo* em situações fáticas reais, além de analisar os princípios que regem cada caso específico, demonstrando assim, que a admissão de provas ilícitas, apesar de não ser a regra expressa no ordenamento jurídico, já foi reconhecida e abraçada pela doutrina e jurisprudência brasileira.

REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ - Rcl 36734 / SP. Ministro Relator Schietti Cruz, 2/02/2021 - Rcl nº 36734 / SP (2018/0285479-8).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 1.116.949, 17 de agosto de 2020. STJ. Relator Ministro Marco Aurélio.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ação Penal n. 856 – DF, Órgão especial da corte, (2010/0184720-0). Relatora: Ministra Nancy Andriighi. Brasília, DF, 18 out. 2017. DJe 06 fev. 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ - HC: 342512 PR 2015/0300582-1, Relator.: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 15/03/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/03/2016.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL da 2ª Região. Agravo de Instrumento n. 5007158-57.2022.4.02.0000/ES. Relatora: Des. Fed. Vera Lúcia Lima da Silva. Rio de Janeiro, 08 ago. 2022.

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 abr. 2025.

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 abr. 2025.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 25 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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 abr. 2025.

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 abr. 2025.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal**. 1 ed. São Paulo: Millenium, 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) Acórdão 1406285, 07054497120208070018, Relator: FABRÍCIO FONTOURA BEZERRA, Sétima Turma Cível, data de julgamento: 16/3/2022, publicado no PJe: 4/4/2022.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Recurso em Sentido Estrito n. 0002940-87.2010.8.08.0001. Relatora: Des. Elisabeth Lordes. Julgado em: 04 nov. 2020.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal** – Teoria, Críticas e Práxis. 5 ed. Niterói: Impetus, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Legislação Criminal Especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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>. Acesso em: 30 set 2024.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Legislação Criminal Especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2025.

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

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUVOLONE, Pietro. *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. *Rivista Di Diritto Processuale*, Anno xxi, nº 3, Padova, pp. 442-475.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Opus cit. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Disponível em: <https://direitofma2010.wordpress.com/wp-content/uploads/2012/03/eugenio-p-penal.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2025.

PAULO, Rangel. **Direito Processual Penal**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

QUEIROZ, Laryssa Saraiva. O princípio favor rei no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Jurídica Esmp-sp*, São Paulo, v. 5, p.99-116, 2014. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/137. Acesso em: 29 abr. 2025.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20.ed. São Paulo: Atlas: 2012.

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

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Exceção de Suspeição n. 0042252-23.2020.8.26.0000. Relator: Des. Guilherme G. Strenger. São Paulo, 24 fev. 2021.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1982.

U.S. Supreme Court; 251 U.S. 385 (1920); Silverthorne Lumber Co., Inc., et al. versus United States;

VITAL, Danilo. “STJ anulou provas por invasão ilegal de domicílio 959 vezes em 2023”, 4 de janeiro de 2024 – Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jan-04/stj-anulou-provas-por-invasao-ilegal-de-domicilio-959-vezes-em-2023/>. Acesso em: 05 fev. 2025.