



## **A teoria do fruto da árvore envenenada e a prova ilícita no processo penal: uma análise sistêmica da realidade no Processo Penal Brasileiro**

*The theory of the fruit of the poisoned tree and illegal evidence in criminal proceedings: a systemic analysis of reality in the Brazilian Criminal Procedure*

*La teoría del fruto del árbol envenenado y la prueba ilegal en el proceso penal: un análisis sistémico de la realidad en el Proceso Penal brasileño*

**Letícia Pordeus Ferreira<sup>1</sup>, Thiago Vinicius Torres<sup>2</sup>, Agílio Tomaz Marques<sup>3</sup>, Carla Rocha Pordeus<sup>4</sup> e Rosana Santos de Almeida<sup>5</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo científico tem por objetivo compreender a natureza e a dinâmica da Teoria do Fruto da Árvore Envenenada no Processo Penal, especialmente a prova ilícita por derivação a qual trata a teoria, bem como realizar uma análise acerca da aplicabilidade dentro do direito processual penal brasileiro. A metodologia utilizada é a pesquisa e compilação de conteúdo bibliográfico, por abordagem dedutiva, e entendimento jurisprudencial acerca do tema. À priori, estudar-se-á sobre a prova no contexto jurídico brasileiro, sob a ótica do Princípio Constitucional da Inadmissibilidade da prova ilícita, com fundamento jurisprudencial, posteriormente, será abordado a teoria da árvore envenenada, originária da Suprema Corte Americana, e a relação dela na aplicabilidade diante do caso concreto, com a exposição dos prós e contras. De antemão, é um tema conflitante por tratar-se do poder coercitivo do Estado enquanto garantidor da ordem pública e, do outro lado, da necessidade de respeitar os procedimentos legais para obter uma prova lícita, contudo, a teoria segue sendo aplicada nas instâncias superiores. Portanto, é mister analisar criticamente a temática tendo em vista que a prova ilícita não necessariamente contamina todo o processo, mas traz insegurança jurídica para todos os sujeitos, Estado, investigado e sociedade.

**Palavras-chave:** Prova. Ilícita. Derivação. Inadmissibilidade. Exceções.

**ABSTRACT:** This scientific article aims to understand the nature and dynamics of the Theory of the Fruit of the Poisoned Tree in Criminal Procedure, especially the illicit evidence by derivation which deals with the theory, as well as to carry out an analysis about its applicability within the Brazilian criminal procedural law. The methodology used is the research and compilation of bibliographic content, by deductive approach, and jurisprudential understanding on the subject. A priori, evidence will be studied in the Brazilian legal context, from the perspective of the Constitutional Principle of Inadmissibility of Illicit Evidence, with jurisprudential grounds, later, the theory of the poisoned tree, originating from the American Supreme Court, and its applicability in the face of the concrete case, with the exposition of the pros and cons. In advance, it is a conflicting issue because it deals with the coercive power of the State as a guarantor of public order and, on the other hand, the need to respect legal procedures to obtain lawful evidence, however, the theory continues to be applied in higher courts. Therefore, it is essential to critically analyze the issue, bearing in mind that illegal evidence does not necessarily contaminate the entire process, but brings legal uncertainty to all subjects, the State, investigated and society.

**Keywords:** Proof. Illicit. Derivation. Inadmissibility. Exceptions.

**RESUMEN:** Este artículo científico tiene como objetivo comprender la naturaleza y la dinámica de la Teoría del Fruto del Árbol Envenenado en el Proceso Penal, especialmente la prueba ilícita por derivación que trata la teoría, así como realizar un análisis sobre su aplicabilidad en el ámbito brasileño. derecho procesal penal. La metodología utilizada es la investigación y recopilación de contenido bibliográfico, por enfoque deductivo, y entendimiento jurisprudencial sobre el tema. A priori, la prueba será estudiada en el contexto jurídico brasileño, desde la perspectiva del Principio Constitucional de Inadmisibilidad de la Prueba Ilícita, con fundamentación jurisprudencial, luego, la

<sup>1</sup>Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande;

<sup>2</sup>Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande;

<sup>3</sup>Doutorando pela Universidade Federal de Campina Grande;

<sup>4</sup>Professora e Mestre pela Universidade Federal de Campina Grande;

<sup>5</sup>Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande;

teoría del árbol envenenado, proveniente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, y su aplicabilidad ante el caso concreto, con la exposición de los pros y los contras. De antemano, es un tema conflictivo porque trata sobre el poder coercitivo del Estado como garante del orden público y, por otro lado, la necesidad de respetar los procedimientos legales para obtener pruebas lícitas, sin embargo, la teoría sigue siendo aplicada en tribunales superiores. Por lo tanto, es fundamental analizar críticamente el tema, teniendo en cuenta que la prueba ilegal no necesariamente contamina todo el proceso, pero trae inseguridad jurídica a todos los sujetos, el Estado, investigado y la sociedad.

**Palabras clave:** Prueba. Ilícito. Derivación. Inadmisibilidad. Excepciones.

## **INTRODUÇÃO**

Nos termos do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, este princípio constitui um dos pilares fundamentais e visa garantir a legalidade e a integridade na produção de provas. No entanto, a aplicação desse princípio tem gerado debates e controvérsias jurídicas, particularmente quando se trata da chamada prova ilícita por derivação. Observando a Carta Magna, o Código de Processo Penal, a partir da alteração promovida pela lei 11.690/08, passou a prever que são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, incluindo no art.157, §1º, da referida lei, as provas por derivação que também tenham sido contaminadas.

Nesse contexto, a Lei 11.690/08 promoveu alterações significativas no Código de Processo Penal, com o objetivo de harmonizar a legislação nacional com as disposições constitucionais e com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Dentre as modificações introduzidas por essa lei, destaca-se a regulamentação da prova ilícita por derivação, que proíbe não apenas o uso direto de provas obtidas de forma ilícita, mas também de todas as evidências subsequentes derivadas dessas provas inicialmente ilegais.

Não obstante, a questão da prova ilícita e sua admissibilidade no processo penal continua suscitando amplas discussões, especialmente quando se busca uma análise sistêmica da realidade no Processo Penal Brasileiro. Nesse sentido, a teoria do fruto da árvore envenenada emerge como um elemento de reflexão e crítica acerca dos limites da admissibilidade das provas obtidas de forma ilícita.

Ademais, a aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada, derivada do direito norteamericano, no contexto do processo penal brasileiro destaca a importância da salvaguarda dos direitos fundamentais e da legalidade na obtenção da prova. Essa abordagem reforça a ideia de que a persecução penal deve ser regida por princípios éticos e jurídicos, visando prevenir arbitrariedades e abusos que possam comprometer a integridade do sistema de justiça.

Diversas decisões jurisprudenciais têm se baseado na teoria do fruto da árvore envenenada para fundamentar suas determinações, enfatizando a necessidade de respeito aos direitos fundamentais e a inadmissibilidade da prova ilícita e de suas derivações. Tais decisões têm sido fundamentais para garantir a imparcialidade e a justiça nos processos penais, evitando que provas obtidas de forma ilegal sejam utilizadas em detrimento do réu.

Diante desse contexto, este artigo científico tem como objetivo realizar uma análise sistêmica da realidade no Processo Penal Brasileiro, abordando o princípio constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita e ilícita por derivação, os reflexos da Lei 11.690/08 nesse contexto, o uso da prova em benefício ao réu e a teoria da árvore envenenada, com suas exceções legais. Serão apresentadas também decisões jurisprudenciais relevantes que se utilizaram da teoria do fruto da árvore envenenada como fundamento, a fim de demonstrar sua aplicação prática e os impactos na garantia dos direitos fundamentais dos acusados.

Por meio dessa análise, pretende-se contribuir para o aprimoramento do sistema de justiça penal, promovendo uma compreensão mais abrangente e aprofundada das questões relacionadas à prova ilícita e ao uso adequado das evidências no processo penal, sobretudo ao respeito às garantias processuais que circundam o processo penal, e combater, veementemente, as instâncias repressivas que ainda resistem ao sistema inquisitorial já ultrapassado no ordenamento jurídico brasileiro.

## **A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL**

### **Conceito de prova, prova ilícita e ilícita por derivação**

A prova, segundo Rangel (2012) o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa.

A finalidade da prova no processo penal seria formar a convicção do juiz, permitindo que ele julgue de forma justa e imparcial. Deve, portanto, ser produzida de forma legal e válida, respeitando as garantias e os direitos fundamentais do acusado, como o contraditório, a ampla defesa, e o devido processo legal. Confrontando assim a prova ilícita, que traz insegurança jurídica e viola normas constitucionais.

À vista disso, Alves (2021), afirma que a prova ilícita é aquela obtida mediante violação, direta ou indireta à Constituição Federal, os princípios e garantias nela esculpidos. Neste ínterim, a prova ilícita compreende como a que viola regra de direito material, a que atinge um bem

jurídico tutelado pela norma. Como conceitua o Código de Processo Penal, em seu art. 157, caput, as provas ilícitas são aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

As provas ilícitas devem ser desentranhas dos autos, cabendo as partes o direito a um pronunciamento do juiz a respeito da ilicitude da prova e da sua exclusão do processo, o qual deve ser feito antes de proferida a sentença.”. Muito se discute a respeito da inutilização da prova ilícita no processo penal, tendo em vista a ampliação da impunidade gerada por seu descarte.  
(BRASIL, 1941, n.p.)

Doutrinadores e juristas que defendem a utilização da prova ilícita, fundamentam à luz do princípio da proporcionalidade, no sentido de a prova ilícita produzida, por exemplo, um documento encontrado sem mandado de busca e apreensão em determinada residência, pode ser o corpo de delito de um crime de falsidade e a sua destruição acabaria eliminando a materialidade desta infração penal e impedindo a responsabilização do autor da ilicitude que já fora praticada.

Desse modo, propõe Alves (2021), que a melhor aplicabilidade diante da prova ilícita seria a junção do art.145, inciso IV e do art.40, ambos do Código de Processo Penal, que determina ao magistrado o desentranhamento da prova ilícita dos autos e sua remessa ao Ministério Público para a adoção das providências cabíveis quanto ao suposto crime de falsidade documental, a saber.

Nessa perspectiva, a inutilização ou descarte da prova enseja a preservação da segurança jurídica no âmbito do caso concreto, todavia, acarretaria o ônus da impunidade diante da materialidade de uma possível conduta ilícita. Entretanto, na realidade prática, ao considerar que uma prova obtida por meio de violação deve ser encaminhada ao Ministério Público, enquanto detentor da ação penal, para que tome as devidas providências, por uma lógica racional, isso implica dizer que qualquer ação subsequente que promova uma investigação estará contaminada, em virtude de tudo ter se iniciado a partir de uma prova ilícita, sendo essa uma das razões pela qual tal tipo de prova deve ser rechaçada.

Após decisão judicial do magistrado reconhecendo a ilicitude da prova, não há expressamente na lei qual recurso a ser utilizado para impugnar tal decisão. No entanto, Alves (2021), afirma que a decisão pode ser combatida por meio de recurso em sentido estrito, por interpretação extensiva do art. 581, inciso XIII, do CPP, o qual dispõe o cabimento do recurso em sentido estrito (RESE) para confrontar a decisão que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte. Isso porque, o doutrinador deduz, que o reconhecimento da existência de uma prova ilícita resulta na anulação, ainda que parcialmente, da instrução criminal.

### **Correntes de pensamento acerca da admissibilidade da prova ilícita**

### Da admissibilidade da prova ilícita

Corrente doutrinária que não encontra respaldo na jurisprudência, afirma que desde que a prova não fosse vedada pelo ordenamento processual, poderia ser admitida. Não interessava a violação de direito material. De acordo com Lopes Junior (2019), o autor de uma prova ilícita poderia fazer uso dela durante o processo, sujeitando-se a uma posterior responsabilização em um novo processo em virtude da possível violação da norma de direito material, que poderia configurar um delito ou até mesmo um ilícito civil.

A crítica a essa corrente nasce exatamente desse paradoxo criado: um mesmo objeto, diante da ilicitude com que foi obtido, seria considerado como corpo de delito para ensejar a condenação de alguém e, ao mesmo tempo, seria válido para produzir efeitos no processo penal. Reitera-se que a corrente não encontra respaldo jurídico

### Da inadmissibilidade absoluta da prova ilícita

Trata-se de uma corrente que realiza interpretação literal e rígida 7a respeito do disposto no art. 5º, LVI, da Constituição<sup>8</sup>, onde está previsto que são “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Não admitindo, portanto, em nenhum caso, mesmo a favor do réu. A crítica a esta teoria vai de encontro com o absolutismo da ideia, que poderia ponderar a aplicação da norma considerando a complexidade que envolve cada caso concreto.

### Admissibilidade da prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade

De construção alemã, o princípio da proporcionalidade parte do pressuposto, segundo Alves (2021)., de que nenhum direito reconhecido pela Constituição é absoluto, um fim em si mesmo, a partir disso, ele permite sopesar, na presença de conflito entre direitos fundamentais, qual aquele que deve efetivamente se sobrepor e ser tutelado pelo Estado. E é nesta balança, cheia de subjetivismos, que o princípio se enraíza.

Os adeptos a esta corrente consideram o princípio da proporcionalidade diante de casos em que a obtenção da prova ilícita for considerada a única forma possível, para proteger outros valores fundamentais, é o que fora discutido na PL 4850/16, já citada, que adotava medidas ao combate da corrupção e debatia sobre o fato de que em alguns casos os crimes são quase perfeitos,

na medida em que são também, quase imperceptíveis, e que a obtenção da materialidade do possível delito pode direta ou indiretamente violar normas constitucionais.

Contudo, o conceito de proporcionalidade é amplo e genérico, se aplica conforme a manipulação do seu próprio conceito de valorar mais ou menos determinado direito fundamental, ao falar desta teoria, as inúmeras decisões que operam na redução binária do interesse público x interesse privado, que aquele prevalece sobre este e, para tanto, justifica a restrição de direitos ou até a condenação, a partir da prevalência do interesse público.

É, de todo modo, perigoso fazer uso desta teoria manipulável para impor a restrição de direitos fundamentais, considerando que o direito material e processual penal carregam raízes de um sistema inquisitorial que resiste em um ideal de que se deve punir os culpados, justificando qualquer meio empregado.

Esta teoria foi usada na Operação Lava Jato, uma investigação conduzida no Brasil, que teve início em março de 2014, no combate à corrupção e lavagem de dinheiro<sup>11</sup>. A operação se destacou pelo seu alcance e impacto, resultando em diversas prisões, acordos de colaboração premiada e condenações de pessoas poderosas em crimes de corrupção, como o atual presidente Luís Inácio Lula da Silva<sup>12</sup>. Na operação, alegou-se a obtenção de algumas provas de maneira ilícita, quer seja a forma como foram conduzidas as delações premiadas ou as gravações de conversas telefônicas que envolviam políticos. Pela relevância e comoção social da operação, foi dispensado procedimentos fundamentais para obtenção de provas.

Aos que sustentam esta teoria, fundamentam sobre o seguinte argumento: Em casos de corrupção e delitos graves, é justificável admitir provas obtidas de forma ilícita, em virtude da gravidade dos ilícitos e da necessidade de combater a impunidade. Argumenta-se que, nessas circunstâncias, a busca pela justiça e a salvaguarda da sociedade justificariam a aceitação dessas provas. No entanto, nesse contexto, ressurgem a premente consideração de que a aplicação do princípio da proporcionalidade é uma linha tênue, pois há o risco de punir possíveis culpados, mas também de encarcerar um inocente, buscando meramente satisfazer as demandas da sociedade.

Na salvaguarda das garantias fundamentais, dois casos são esposados por Lopes Junior (2019), e trazidos aqui, em que se tentou fazer valer uma prova ilícita contra o réu em nome do “interesse público” tendo sido repelida a sua construção, a seguir:

Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração

penal objeto da investigação ou da imputação (HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/12/2001).

Objecção de princípio – em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal – à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita.

### **Correntes sobre possível prejuízo à imparcialidade do juiz que teve contato com a prova ilícita**

Para a 1º corrente, o contato que o magistrado teve com a prova considerada ilícita, comprometeria a sua imparcialidade para proferir a sentença, mesmo que atinja somente o âmbito psicológico, no seu inconsciente. Desta forma, deveria o juiz, por cautela, declarar-se impedido para continuar no processo, e se caso não o fizesse por iniciativa própria, poderia ser recusado pelas partes.

Nesta linha de raciocínio a alteração da Lei 11.690/08, inserida no art.157, §5º, do Código de Processo Penal, expõe o seguinte: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acordo.”. Este preceito consagra a “Teoria da descontaminação do julgado.”. Como se refere LOPES JUNIOR, o juiz que teve contato com a prova ilícita está, também, contaminado e não pode mais atuar no feito. Não basta desentranhar a prova; deve-se “desentranhar o juiz”. Desse modo, o contato do juiz com a prova ilícita seria mais uma causa de impedimento, ampliando assim o rol de hipóteses de impedimento estabelecido pelo art.252 do CPP. Deve então, o magistrado reconhecer o impedimento de ofício e, não o fazendo, pode ser recusado por qualquer parte, sob pena de inexistência dos seus atos enquanto julgador.

Já a 2º corrente doutrinária, a seus adeptos, estes afirmam que o simples contato do juiz com a prova ilícita não tem força de torná-lo impedido para atuar no processo. Estaria configurado o vício somente quando o juiz se vale da prova ilícita para fundamentar sua decisão; nessa hipótese, qualquer decisão proferida por este juiz seria considerada inexistente, devendo ser prolatada por um juiz que não esteja impedido. Nesta corrente faz uso apenas de critérios

objetivos, obtidos conforme as circunstâncias do caso concreto, que poderiam autorizar concluir que o magistrado que teve contato com a prova ilícita estaria impedido de continuar no processo.

A disposição legal tratada neste pensamento constava no §4º do art.157, o qual foi vetado pela Presidência da República em 2008, com o fundamento a seguir:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição. (BRASIL, 2008, n.p.)

Neste sentido, não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.

Assim, para maior celeridade processual e abrangendo situações como a seguinte: O procedimento quando o processo não mais está na primeira instância e uma das partes recorre ao Tribunal, por meio de uma das suas Câmaras, composta por três desembargadores e porventura confirma a decisão do magistrado, não há mais, no contexto fático, uma pessoa impedida, mas todos os que decidiram sobre a prova ilícita, o que torna mais complexo e moroso o andamento processual. Deixa assim de possuir eficácia o conteúdo do art.157, §5º, do Código de Processo Penal e a releitura rígida da 1º corrente de pensamento.

### **A utilização da prova ilícita em favor do réu como decorrência do princípio da proporcionalidade**

De antemão, a Constituição Federal em seu art. 5º, LIV e o Código de Processo Penal no art.157 veda expressamente o uso da prova ilícita, não reconhecendo legalmente qualquer exceção à regra, isto é, a utilização pro reo é admitida pela doutrina e jurisprudência majoritária, desde quando a sua exclusão resultar em prejuízo à defesa do acusado ou quando a prova for indispensável para a elucidação do fato criminal.

Desse modo, se a prova é ilícita, em razão do princípio, deve ser ponderado os interesses no caso concreto e avaliar a possibilidade de sua utilização. Permitindo o uso da prova ilícita, o Estado cede lugar ao direito à liberdade.

Assim, por exemplo, uma gravação clandestina de uma conversa entre o réu e outra pessoa, sem o consentimento desta última. Embora essa gravação tenha sido obtida de forma

ilícita, violando o direito à privacidade e à intimidade, ela pode ser usada em favor do réu. Se a gravação clandestina contiver informações relevantes para a defesa do acusado, como uma confissão espontânea ou a revelação de circunstâncias que demonstrem sua inocência ou coloquem em dúvida a veracidade das acusações, o réu pode requerer a sua admissão como prova em seu favor.

Nesse contexto, a justificativa para a admissibilidade dessa prova ilícita seria a busca pela verdade real e a proporcionalidade do que está em jogo. Caso a exclusão dessa prova possa causar prejuízo significativo à defesa do acusado e comprometer a justiça do processo, o juiz poderia admiti-la, considerando sua relevância e a necessidade de assegurar um julgamento justo.

## **DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO**

### **Conceito histórico**

A teoria dos frutos da árvore envenenada, construída pela Suprema Corte norte-americana, ou *the fruit of the poisonous tree*, que é seu nome original na língua inglesa, trata-se da prova ilícita por derivação, ou seja, segundo Tavora (2016), “É a prova originada de uma prova ilícita anterior e, de acordo com esta teoria, por derivar de um meio ilícito, esta estaria contaminada também, devendo ser desentranhada dos autos, pois não está apta a ser usada como meio idôneo de prova.”.

O princípio da contaminação tem sua origem no caso *Silverthorne Lumber & Co. Vs United States*, em 1920, tendo a expressão *fruits of the poisonous tree* sido cunhada pelo Juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no caso *Nardone v. United States*, em 1937. Na decisão, afirmou-se que proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal.

A lógica é clara, ao proibir-se a admissão direta da prova ilícita, entretanto, permitir a utilização de suas derivações, resultaria no estabelecimento do mesmo perigoso precedente, caracterizado pela violação de direitos fundamentais.

### **3.2. RECONHECIMENTO DA TEORIA NO BRASIL**

O instituto foi discutido em 1999 pela Suprema Corte, ocasião em que acolheu a teoria dos frutos da árvore envenenada, *ipsis litteris*:

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que, sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição, não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido. (STF, 1ª Turma, HC 73.351/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 19/03/1999).

Com tal precedente, com o tempo passou a ser pacificado na doutrina majoritária e jurisprudência ser inadmissível no processo penal o uso de provas ilícitas por derivação, se não afastado o nexo de ilicitude.

No Brasil, o instituto não é previsto pelo art.5º, inciso LIV, da Constituição Federal, mas é tratado expressamente no CPP desde a reforma promovida pela Lei nº 11.690/08. Com isso, de acordo com o art.157, §1º, do CPP, “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas não puderem ser obtidas de uma fonte independente das primeiras”. Acolhe assim a teoria dos frutos da árvore envenenada, estipulando que as provas ilícitas por derivação são aquelas que decorrem de uma prova ilícita originária, desde que tal ilicitude somente restará caracterizada se houver demonstração de nexo causal entre as provas ou quando as derivadas não puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Em outras palavras, a prova contaminada, caracterizada como prova secundária, segundo Alves (2021), deve ser por derivação exclusiva de uma prova ilícita anterior, considerada prova primária. Mas se a prova secundária for produzida por uma fonte independente, rompendo-se assim o nexo causal, cessa a contaminação originada da prova primária. Neste ínterim, conforme preceitua o §2º do art.157 do CPP, “considera-se fonte independente aquela por si só, segundo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.”. Em suma, a fonte independente provoca o desaparecimento da relação de exclusividade entre a prova ilícita anterior e a que dela decorreu, em virtude de uma nova prova posteriormente surgida.

Quanto à fonte independente, o CPP em seu art. 157, §1º, segunda parte, acaba por também aderir a outra teoria de construção da Suprema Corte norte- americana, isto é, a teoria da prova absolutamente independente ou teoria da fonte independente ou limitação da fonte independente (independent source limitation), que traduz o mesmo sentido já mostrado no parágrafo anteriores, não há de se falar em contaminação, nem aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, pois, em não havendo vinculação nem relação de dependência, a prova ilícita não terá o condão de contaminar as demais (TAVORA, 2016).

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

E, no Brasil, tal teoria vem sendo regularmente aplicada pela jurisprudência, permitindo-se, por exemplo, o aproveitamento de denúncia oferecida com base em provas diferentes e independentes de uma prova ilícita, como o cumprimento de busca e apreensão domiciliar sem as formalidades legais, *ipsis litteris*:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA, CORRUPÇÃO PASSIVA, VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL, FALSIDADE IDEOLÓGICA E LAVAGEM DE DINHEIRO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS AUTORIZADAS POR DECISÃO JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE “QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA”. PERDA OU SUBTRAÇÃO DE PARTE DAS GRAVAÇÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

1. As provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando reconduzidas aos autos de forma indireta, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes, ou ainda, que também decorreram de outras fontes, além da própria prova ilícita; garantindo-se, pois, a licitude da prova derivada da ilícita, quando, conforme salientado pelo Ministro EROS GRAU, arrimada em elementos probatórios coligidos antes de sua juntada aos autos. 2. Assentou o Superior Tribunal de Justiça que, em matéria de provas ilícitas, o art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008, excepciona a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada na hipótese em que os demais elementos probatórios não estiverem vinculados àquela cuja ilicitude foi reconhecida. 3. Não há, portanto, nenhuma ilegalidade na remessa dos autos ao Juízo processante de primeira instância, a quem ordinariamente compete o primeiro exame dos elementos de prova pertinentes à causa, para o fim de selecionar e expurgar as provas contaminadas, mantendo hígida a porção lícita, delas independente. Em outras palavras, não cabe a esta CORTE, nesta via estreita, se antecipar e proferir qualquer decisão acerca da legalidade de provas que nem mesmo foram analisadas pelo Juízo competente. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STF - AgR HC: 156157 PR - PARANÁ 0069916-08.2018.1.00.0000, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 19/11/2018, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-251 26- 11-2018)

Em síntese, a Suprema Corte entendeu que não havia ilegalidade na remessa dos autos ao juízo de primeira instância para a seleção e exclusão das provas contaminadas, mantendo-se apenas a porção lícita e independente. A decisão destaca que o STF não deve antecipar-se e

proferir qualquer decisão sobre a legalidade das provas que ainda não foram analisadas pelo juízo competente. Em resumo, o agravo regimental foi negado, mantendo-se a decisão de remeter os autos ao juízo de primeira instância para a devida análise e seleção das provas contaminadas, mantendo as provas lícitas e independentes válidas para o processo.

Um exemplo é trazido pelo doutrinador Alves (2021), da prova ilícita por derivação, vejamos: Após a interceptação telefônica realizada por delegado sem autorização judicial, a polícia consegue encontrar o local onde está escondida determinada coisa furtada (prova primária) e, em razão disso, obtém da autoridade judiciária um mandado de busca e apreensão para recuperá-la (prova secundária): a busca e apreensão domiciliar será considerada uma prova ilícita por derivação da interceptação telefônica.

No mesmo seguimento, agora incidindo a fonte independente, também trazido por Alves (2021), a seguir: Após ser regularmente ouvida no inquérito policial, o Ministério Público arrola na denúncia a testemunha A; todavia, a defesa acaba impugnando esta testemunha alegando que ela somente foi conhecida a partir de uma interceptação telefônica realizada sem ordem judicial. O juiz acata esta impugnação e exclui a testemunha do processo. Posteriormente, ao longo da instrução criminal, a testemunha B também arrolada pelo Ministério Público e não impugnada pela defesa, faz referência a testemunha A. Na oportunidade surgiu uma fonte independente quanto à testemunha A, sem qualquer vínculo com a interceptação telefônica anteriormente produzida de forma ilegal, daí porque o juiz poderá proceder à sua oitiva.

Desta forma, apesar de o §2º do art.157 do CPP conceituar fonte independente, tal dispositivo, na verdade, reconhece a teoria da descoberta inevitável. Esta teoria afirma que será admitida a prova ilícita se restar configurado que ela seria, inevitavelmente, descoberta por meios legais. O doutrinador LOPES JUNIOR, 30faz uma crítica quanto à esta validação, tímida, de aceitar violações constitucionais, expõe então o seguinte: São efetivamente derivadas (as provas), mas como “poderiam” ser obtidas de qualquer forma ou por outra fonte, acabam sendo legitimadas. É, sem dúvida, uma validação de uma prova derivada e ilícita.

É dizer que, no momento da ilegalidade que origina a produção da prova tida como ilícita por derivação, já se encontra presente, no plano fático-jurídico, a situação que permite concluir que esta prova, de qualquer maneira, viria aos autos da investigação ou do processo de forma ilícita<sup>31</sup>. Entende-se, pelo exposto, que inevitavelmente a prova seria conseguida de “qualquer maneira”, por atos de investigação válidos, e a partir daí ela seria aproveitada, eliminando-se a contaminação. A inevitabilidade da descoberta leva ao reconhecimento de que não houve um proveito real, com a violação legal. A prova ilícita, que deu ensejo à descoberta de uma outra

prova, que seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não terá o condão de contaminá-la, segundo (TÁVORA, 2016).

Alves (2021), traz um exemplo sobre a teoria da descoberta inevitável, a seguir: Ocorre com as declarações prestadas por uma testemunha obtidas por interceptação telefônica sem autorização judicial, sendo que tal testemunha inevitavelmente seria ouvida ao longo das investigações, pois várias outras testemunhas a indicaram como testemunha presencial dos fatos.

Apesar do legislador ter usado do termo “fonte independente” no §2º do art.157 do CPP, a teoria da fonte absolutamente independente e a teoria da descoberta inevitável possuem diferenças. Nesta há nexos causal, mas ele não é decisivo, pois na prova derivada, mesmo que a ilicitude não se operasse, ainda assim seria produzida dentro da lei. Era apenas uma questão de tempo. 34. Ao passo que na fonte independente, não há nexos causal entre a prova ilícita e as outras provas produzidas no feito.

Nesse passo, parece que houve uma confusão com o termo no §2º, do art.157 do CPP, logo, para uma correta compreensão do dispositivo, a expressão “fonte independente” deve ser substituída por “descoberta inevitável”. É esse inclusive o entendimento do STF, *ipsis litteris*:

EMENTA Agravo regimental. Inquérito. Provas ilícitas. Desentranhamento. Falta de justa causa. Não ocorrência. Arquivamento do feito. Inadmissibilidade. Subsistência de elementos informativos mínimos que autorizam a manutenção da persecução penal. Impossibilidade de se coarctar, no nascedouro, as investigações. Recurso não provido. 1. O reconhecimento da ilicitude de determinadas provas não tem o condão de obstar o reinício das investigações. 2. A subsistência de elementos informativos mínimos autoriza a manutenção da persecução penal. 3. Não há como se coarctar, no nascedouro, as investigações sobre eventual ilícito penal atribuído, em tese, ao investigado, sob pena de indevida interferência na formação da opinião delicti do titular da ação penal pública. 4. Agravo regimental não provido. (Inq 4045 AgR, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 30/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE- 130 DIVULG 16-06-2017 PUBLIC 19-06-2017)(STF - AgR Inq: 4045 ES - ESPÍRITO SANTO 0002864- 97.2015.1.00.0000, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 30/05/2017, Segunda Turma).

A relação prática entre a teoria da árvore envenenada e a prova ilícita no processo penal como já foi apresentado, a teoria da árvore envenenada tem se tornado cada vez mais recorrente nos processos atuais e sua aplicação é recorrente em instâncias superiores, tais como:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DAS PROVAS. ATUAÇÃO COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA E FUGA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DELITOS DE RESISTÊNCIA E CORRUPÇÃO DE MENORES COMETIDOS NO CONTEXTO DA INVASÃO. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. É pacífico, nesta Corte, o entendimento de que, nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância protraí-se no tempo, o que não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a

demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, encontra-se situação de flagrante delito. 2. Consoante julgamento do RE 603.616/RO pelo Supremo Tribunal Federal, não é necessária certeza quanto à ocorrência da prática delitiva para se admitir a entrada em domicílio, bastando que, em compasso com as provas produzidas, seja demonstrada a justa causa na adoção medida, ante a existência de elementos concretos que apontem para o flagrante delito, o que não se tem no presente caso. 3. A entrada em domicílio ocorreu somente porque os suspeitos não obedeceram a ordem de parada, fugindo para o interior da residência. Sabe-se que a fuga do paciente não autorizaria presumir, ipso facto, armazenamento de drogas no imóvel, não havendo, no caso, a demonstração de elementos indicativos de fundada suspeita sobre a ocorrência de crime. 4. Tendo o paciente sido condenado pela prática do delito de tráfico de drogas, como também de resistência e de corrupção de menores cometidos no contexto da invasão domiciliar ? teria facilidade a corrupção de pessoa penalmente inimputável (17 anos), com ela praticando fato definido como crime, na medida em que o adolescente envolvido, na companhia do denunciado, cometeu, de forma deliberada, o delito de resistência ?, deve-se aplicar a teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, § 1º - CPP), nos termos do art. 386, II, do CPP, para o reconhecimento da absolvição de todos os delitos. 5. Habeas corpus concedido para absolver o paciente CRISTIAN TOMBINI DE OLIVEIRA, nos autos da ação penal n. 5004926-04.2021.8.24.0019.

(STJ - HC: 710891 SC 2021/0390212-6, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 15/03/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/03/2022)

Habeas Corpus levado ao STJ fazendo uso da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, solicitando absolvição fundamentada por invasão de domicílio sem fundadas razões ou mandado judicial para entrada no domicílio. Habeas corpus concedido. O réu já tinha sido condenado em outras instâncias, e a defesa usou a referente teoria para anular as provas obtidas da invasão ilegal.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De acordo com toda a análise feita até aqui, é evidente que a Teoria do fruto da árvore envenenada, originada da Suprema Corte Americana, encontrou espaço no Direito brasileiro, quer seja no entendimento doutrinário, jurisprudencial e legal, conforme as mudanças trazidas pela lei 11.690/08. Essa previsão legal busca proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, bem como a integridade do processo penal, assegurando que a obtenção de provas ocorra de forma lícita e dentro dos limites estabelecidos pela lei.

Desta forma, o sistema jurídico brasileiro reafirma seu compromisso com a observância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Além disso, essa postura de combater “a verdade a todo custo” contribui para evitar a consolidação de um

Estado de exceção, no qual os meios justificam os fins, e coloca em primeiro plano a necessidade de respeito aos direitos e garantias individuais.

A aplicação rigorosa do princípio da inadmissibilidade da prova ilícita também contribui para a efetividade do sistema penal, uma vez que força os órgãos de persecução a buscarem meios legais para a obtenção de provas. Isso impede que investigações sejam baseadas em práticas ilícitas e questionáveis, assegurando a credibilidade e a legitimidade do processo penal, como demonstrado pelos entendimentos jurisprudenciais expostos a respeito do tema.

Além disso, a rejeição de provas ilícitas evita a condenação injusta de pessoas inocentes, já que a utilização desses elementos probatórios viola a norma legal e compromete a confiabilidade das decisões judiciais. A busca pela verdade material não pode ser realizada a qualquer custo, sendo essencial respeitar os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Portanto, diante do princípio da inadmissibilidade da prova ilícita na Constituição Federal, da adoção da Teoria do fruto da árvore envenenada pelo ordenamento jurídico advinda das alterações promovidas pela Lei 11.690/08, assim como dos impactos negativos que a aceitação de provas obtidas de forma ilícita pode acarretar, conclui-se que a adoção e a aplicação dessa teoria são fundamentais para preservar os direitos e garantias individuais, a legitimidade do processo penal e a efetiva condenação dos verdadeiros culpados, analisando cada caso concreto. Para que assim, consigamos salvaguardar os direitos fundamentais do réu, como já mencionado e dito pelo doutrinador Rogério Greco Filho, “A condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal”.

## **REFERÊNCIAS**

ALVES, L. B. M. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora JusPODIVM. 2021.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12. Ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em: 06 jul 2023.

BRASIL, **Decreto-Lei n. 3.689 de 1941** - Código de Processo Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) . Acesso em: 06 jul 2023.

BRASIL, **Decreto-Lei no 3.689, de 1941** – Código de Processo Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm). Acesso em: 06 jul 2023

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/12/2001. Disponível em:

*A teoria do fruto da árvore envenenada e a prova ilícita no processo penal: uma análise sistêmica da realidade no Processo Penal Brasileiro*

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081132>. Acesso em: 06 de jul 2023.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal.** HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/05/2003. Disponível em: [file:///D:/Downloads/de\\_JudICSP\\_2015\\_02\\_09\\_a.pdf](file:///D:/Downloads/de_JudICSP_2015_02_09_a.pdf). Acesso em 08 jul 2023.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal.** AgR HC 156157, PR - Paraná, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 19/11/2018, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-251 26-11-2018 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/768167915/inteiro-teor-768167925> . Acesso em 08 jul 2023.

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.** HC 710891, SC 2021/0390212-6. Rel Min OLINDO MENEZES, Data de Julgamento: 15/03/2022, Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 21/03/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1466713363>. Acesso em 12 jul de 2023.

**Brasil. Superior Tribunal de Justiça.** HC 392466, CE 2017/005845. Rel Min SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Data de Julgamento: 12/12/2017, Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 12/03/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/441983256>. Acesso em 12 jul de 2023.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal.** AgR Inq 4045/ES – Espírito Santo, Relator: Min. 0002864-97.2015.1.00.0000, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 30/05/2017, Segunda Turma. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13052223>. Acesso em 08 jul 2023.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito Processual Penal**, 16<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 2019.

PIEROBOM DE ÁVILA, **Thiago André. Provas Ilícitas e Proporcionalidade**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. p. 152.

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

TÁVORA, N. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

**USA. United States Supreme Court – Silverthorne Lumber Co. v. U.S – 251 U.S. 385 (1920) – Justice Holmes – Argued Dec. 12, 1919 – Decided Jan. 26, 1920.** Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entendaocaso> Fonte: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/500692-promotor-defende-mudancas-no-conceito-de-prova-ilicita-para-reduzir-impunidade>. Acesso em: 10 jun. 2023.